Besitzerwerb durch dritte Personen

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Breslau

vorgelegt von

Alfons Kudla
Gerichtsreferendar

Breslau 1930

Ostland Druck und Verlag, Beuthen (Oberschlesien)

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau
Berichterstatter: Professor Dr. Schott

Dem Andenken meines Vaters

gewidmet

Inhaltsübersicht

Verzeichnis der benützten Bücher und Schriften:

Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch 9. Aufl., 1920

Archiv f. Bürg. Recht

Bartels Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. 1928 in Gruchot Bd. 42, S. 645 ff.

Bekker, Ausführungen zur Besitzlehre, Jherings Jahrbücher Bd. 34

Biermann, Sachenrecht 3. Aufl., 1914

B. Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübinger Diss. 1910

Corpus iuris civilis von Mommsen-Krüger

Crome, System des Bürgerlichen Rechts, Band III, Tübingen 1905

Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. III., 1901

Dernburg, Pandekten, 7. Aufl., 1902

Draganesko, die Lehre vom Besitzerwerb des Stellvertreter, Berlin 1916

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 1905

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts
Enneccerus: Allgem. Teil, 25—29. Aufl., 1926
Wolff: Sachenrecht, 1919

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen

Fischer-Henle-Ebert: Bürgerl. Gesetzbuch 13. Aufl., 1927

Förtsch, die Besitzerstellung der Vertreter und vertretenen Personen, bei Gruchot, Bd. 43

C. Frank, der Besitzwille nach dem BGB., Diss. Bonn, 1898

W. Fuchs, Stellvertretung beim Besitzerwerb (im Auszug), Marburger Diss., 1920

v. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1905

Gotthilf, Besitz- und Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch einen unbeauftragten Geschäftsführer, Diss. Breslau, 1918

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch)

Heß, Der Besitzdiener des § 855 BGB., 1914

Hoos, Besitzerwerb und Besitzerhaltung des Stellvertreters, Diss. Erlangen, 1904

Ihering, Besitzwille, 1889

Hermann Isay, die Geschäftsführung nach dem BGB., 1900

Juristische Wochenschrift (JW.)

Kaemmerer, Stellvertretung im Besitzerwerb nach römischem und gemeinem Recht, Leipziger Diss., 1907

Kaemmerer, die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb nach BGB., Halle 1908

Kipp Th., Lehrbuch des Pandektenrechtes, von Windscheid unter der vergleichenden Darstellung des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, 6., 7. Aufl., 1906

Kreß Hugo, Besitz und Recht, Nürnberg-Leipzig, 1909

Last, Fragen der Besitzlehre, in Ih. Jahrbüchern, Band 62

Franz Leonhard, Stellvertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig, 1899

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe 1888

Nassauer, Besitzerwerb durch Mittelspersonen nach gemeinem Recht und dem Recht des BGB., Heidelberger Diss., 1910

Oertmann, Kommentar zum BGB., Allgem. Teil, 4. Aufl., 1928

Planck, Kommentar zum BGB., Sachrecht, 3. Aufl., 1920

Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, Ih. Jahrbücher, Bd. 50, Seite 323 ff.

Przibilla, zur Lehre vom mittelbaren Besitz, Juristische Wochenschrift 1908

Regelsberger, Pandekten, Leipzig, 1893

Reichsgerichtsräte, das BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgericht (RGR.) 6. Aufl., 1926

Rhode, Studien im Besitzrecht, 1907

Rotering, aus der Lehre vom Besitz, Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 37

Schinder Fritz, der Besitzerwerb durch Stellvertreter, Breslauer Diss., 1926

Schloßmann, Siegmund, der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht, Leipzig, 1881

Soergel, Bürgerl. Gesetzbuch, 3. Aufl., 1926

Sokolowski, der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Recht, 1907

Staudinger, Kommentar zum BGB. 3. Band, Sachenrecht, 9. Aufl., 1926

Stolz, der Besitzdiener und die Stellvertretung beim Besitzerwerb, Marburger Diss., 1913

Strohal, Sachbesitz nach dem BGB., Jh. Jahrbücher, Band 38

Theissing, Fahrniserwerb durch Stellvertreter (Maschinenschrift) Breslauer Diss. vom 30. Juni 1925

Trendelenburg, der Besitzerwerb durch Stellvertreter nach gemeinem Recht und dem Rechte des BGB., Diss. Greifswald, 1904

Warneyer, Kommentar zum BGB. für das Deutsche Reich, Band 1, 1923

v. Wendt, Otto, Besitz und Besitzwille, Festschrift für die jur. Fakultät in Gießen, 1907

v. Wendt, Otto, der mittelbare Besitz des BGB., Arch. f. ziv. Prax. Band 87

Windscheid, Pandekten, 8. Aufl., 1900, besorgt von Kipp.

§ 1.

Einleitung.

Wenn man ein Rechtsinstitut kennen lernen und ganz verstehen will, dann muß man es in seinem geschichtlichen Werdegange zu erfassen suchen. In streitigen Rechtsfragen wird uns häufig die genetische Entwicklung des noch nicht klargestellten Rechtsinstituts den Weg zur richtigen Entscheidung weisen. Gerade in solchen Fällen sehen wir, daß die alleinige Kenntnis des augenblicklich geltenden Rechts unvollkommen ist. Deshalb soll zunächst dargestellt werden, ob und in welcher Weise ein Besitzerwerb durch dritte Personen bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches möglich war.

A. Behandlung der Frage nach früherem Recht.

§ 2.

Besitzerwerb durch dritte Personen im römischen Recht.

Im römischen Recht wurde der Besitz erworben nach dem Grundsatz: apiscimur possessionem corpore et animo; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. 1) Es waren also zwei Momente für den Besitzerwerb erforderlich:

1. das corpus, d. i, das Erlangen der tatsächlichen Gewalt; die tatsächliche Gewalt ist eine Beziehung, welche der Person die Möglichkeit gibt, auf die Sache tatsächlich einzuwirken. 2)

---

1) Paul. sentent. V, 2 § 1.
2) Draganesko S. 65.

2. Animus, der Wille, Besitz zu erwerben, die tatsächliche Sachherrschaft zu haben. Da das objektive Moment, die tatsächliche Gewalt, auch „corpore alieno" geschaffen werden konnte, war im römischen Recht der Besitzerwerb insoweit durch dritte Personen möglich, so auch Paulus: 1* Ceterum animo nostro corpore etiam alieno possidemus. Der Dritte, der das Besitzcorpus schafft, ist nicht Organ des Willens des Vertretenen. 2* Zwar muß er den Willen haben, das Corpus für den anderen zu schaffen, aber dieser Wille ist nicht der Besitzwille (animus possidendi).

In ältester Zeit geschah ein Besitzerwerb durch Dritte ausschließlich durch Sklaven und Hauskinder. Wenn der römische Geschäftsherr z. B. einen phönizischen Kaufmann als Sklaven erworben hatte, dann verwendete er ihn selbstverständlich nicht als Gehilfen im Haushalt oder etwa als Gartenarbeiter, sondern er gab ihm möglichst eine leitende Stellung in seinem Geschäfte. Hier mußte sich der Sklave wieder in seinem Element fühlen; er arbeitete hier mit Lust und Liebe und machte Erwerbungen für den Römer, dem nur noch die Oberaufsicht zu führen übrig blieb. — Ebenso erwarben die Hauskinder alles, was sie erwarben, also auch den Besitz, für den Hausherrn.

Dies war aber keine direkte Stellvertretung, überhaupt keine Stellvertretung im technischen Sinne. Als solche kann man sie vielmehr nur nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch bezeichnen. Denn der Erwerb für den Hausherrn trat ohne Rücksicht auf den Willen der Untergebenen ein. Der Sklave war selbst nicht Subjekt, sondern Objekt von Rechten; er war unfrei und rechtlos. Der pater familias erwarb den Besitz durch den Sklaven auf Grund der sogenannten potestas dominica 3*, durch den Haussohn auf Grund der patria potestas.

---

1) Paul sentent V. 2 § .
2) Kaemmerer S. 9 ff.
3) Vergl Schloßmann a. a. O. S. 63

Für einen Besitzerwerb durch Dritte kamen also in ältester Zeit nur gewaltunterworfene Personen in Frage. Einem Erwerb durch freie Personen stand der Satz entgegen: per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. 1* Diese strenge hemmende Vorschrift mußte den Anforderungen des steigenden Verkehrs angepaßt werden. Schon die klassische Zeit mit ihrem entwickelten Verkehr wird daher Erleichterungen gekannt haben. Denn die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch gewaltunterworfene Personen genügte ihr nicht mehr. Und den Besitz durch eigene alleinige Tätigkeit erwerben zu müssen, war dem vielbeschäftigten Unternehmer zu lästig; ja sogar im Sinne einer ordentlichen Geschäftsführung unmöglich, wenn er Geschäfte an verschiedenen Orten zugleich betrieb.

Deshalb konnte nunmehr Besitz auch durch procuratores erworben werden. Der Procurator war meistens ein Freigelassener, der noch im Hause seines ehemaligen Herrn geblieben war und zu ihm in einem Vertrauensverhältnisse stand. 2*

Eine gewisse soziale Abhängigkeit des Procurators von dem Herrn war freilich immer noch vorhanden. Denn es war zweckmäßig und selbstverständlich, den Freigelassenen in seiner bisherigen wirtschaftlichen Stellung zu belassen. Ein Nichtfreigelassener wurde erst in der weiteren Entwicklung als procurator angesehen, jedoch nur dann, wenn das soziale Abhängigkeitsverhältnis vorlag. — Der procurator erwarb für den Herrn als Verwalter des gesamten Vermögens des Herrn (procurator omnium bonorum) oder wenigstens als Verwalter eines großen Teiles des Vermögens. Man konnte sich also zur Schaffung des Besitz-corpus eines immerhin gewillkürten Vertreters bedienen. Damit war der Grundsatz: per liberas personas, quae

---

1) Paulus: sent V. 2 § 2.
2) Schloßmann S. 82 ff.; Bruns S. 16

in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest von einer sehr wichtigen Ausnahme zu Gunsten des Besitzerwerbs durch dritte Personen durchbrochen. sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitates causa receptum est. 1* Dies war der Rechtszustand im klassischen Recht.

Es wurde schon in spätklassischem Recht notwendig, einen Besitzerwerb auch durch Spezialbevollmächtigte zuzulassen. Diese nannte man quasiprocuratores. Zur Zeit Justinians (527—565 n. Chr.) konnte man durch jede handlungsfähige freie dritte Person Besitz erwerben. 2*

Im Allgemeinen hielt aber auch noch das justianische Recht an dem Satze: per liberas personas nobis nihil adquiri posse fest. Das liegt daran, daß dieses Recht in der persönlichen Verbindung von Gläubiger und Schuldner das Wesentliche des Schuldverhältnisses sah.

Bei dem Besitzerwerb durch eine dritte libera persona ist aber festzuhalten, daß der Dritte den Besitzerwerber immer nur corpore vertreten konnte, niemals jedoch in animo. Der Erwerber mußte also immer selbst den Willen haben, Besitz zu erwerben, und konnte sich im Erwerbswillen nicht vertreten lassen. Es genügte ein genereller Erwerbswille. Lag dieser vor, so galt der Satz: possessio etiam ignoranti quaeritur. 3* Danach brauchte der Erwerber von dem Zeitpunkt und den Einzelheiten des Besitzerwerbs durch die dritte Person keine Kenntnis zu haben, wenn sie ein Generalmandat erteilt hatte. — Schuf der Dritte das Besitz-corpus, ohne daß der andere den Erwerbswillen hatte, so konnte dieser durch nachträgliche Genehmigung, die Ratihabition, doch noch den Besitz erwerben.

---

1) Paul. sent V. 2 § 2.
2) Regelsberger S. 399 § 5 J. 2, 9
3) l. 49 § 2. D. 41, 1;

Ausnahmsweise konnten curatores, tutores und Organe juristischer Personen diejenigen, denen sie Besitz erwarben, auch in animo vertreten. 1*

Es ist schwierig, eine einheitliche Darstellung davon zu geben, welche Voraussetzungen im einzelnen erfüllt sein mußten, damit der Vertreter durch seine Handlung dem Vertretenen den Besitz erwarb. Denn die alten römischen Juristen haben Theorien hierüber nicht aufgestellt. Die Hauptsache war für sie hier das Abwägen der miteinander kollidierenden Interessen.

Die Grundbedingungen waren, das hatten wir gesehen, corpus und animus. Dies waren die Erfordernisse für jeden Besitzerwerb, auch für den Erwerb durch dritte Personen. Dazu mußte für einen gültigen Besitzerwerb durch die Handlung des Dritten noch ein Rechtsverhältnis zwischen dem Mittler und dem Besitzerwerber kommen.

Für den Besitzerwerb durch gewaltunterworfene Personen war das Vorhandensein eines Herrschaftsrecht des pater familias über den Sklaven oder Haussohn erforderlich. 2* Eine libera persona mußte in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis zum Herrn stehen. Ferner mußte sie zum Besitzerwerb ermächtigt sein oder, falls eine dahingehende Ermächtigung nicht vorlag, mußte eine Genehmigung erfolgen.

§ 3.

Der Rechtszustand im gemeinen Recht.

Im gemeinen Recht war der Rechtszustand im wesentlichen der gleiche geblieben wie im römischen Recht.

Welche Bedeutung dem Vorhandensein und der Beschaffenheit des Willens der bei dem Besitzerwerb

---

1) Paulus l. 1. § 20 de poss. 41, 2; v. Bruns S. 19 und die dort Anmerkung 4 Zitierten, Savigni S. 367;

2) l. 50 pr., l. 23 § 2 D. 41, 2.

beteiligten Personen beizulegen war, darüber herrschte bei den Schriftstellern des gemeinen Rechts Streit.

Es ist notwendig, hierauf wenigstens in großen Zügen einzugehen. Denn auch unser heutiges Recht hat — was weiter unten noch bewiesen werden soll — das Willensmoment beim Besitzerwerb nicht ausgeschaltet, sondern nur abgeschwächt.

Die eine Gruppe der gemeinrechtlichen Schriftsteller vertrat subjektive Theorien, d. h., sie stellten es auf den Willen der beteiligten Personen ab. Herrschte bei diesen Einigkeit darüber, wem der Besitz erworben werden sollte, so trat der ihrem Willen entsprechende Erfolg ein.

Schwierigkeiten entstanden nur, wenn die Willensrichtung der Beteiligten verschieden war.

Nach Schloßmann 1* fiel der Besitz, welchen jemand für einen anderen, und zwar nicht suo nomine ergriff, diesem anderen ipso iure zu, ohne daß er ein General- oder Spezialmandat erteilt hatte oder die Besitzergreifung genehmigte. Es kam also nur auf den Willen und die Handlung des Vertreters an. Mandat oder Genehmigung sollte nur dafür von Bedeutung sein, ob der Erwerb die Pflichten aus dem durch die Mittelsperson erworbenen Besitz erfüllen mußte oder nicht.

Jhering 2* vertrat zuerst die Auffassung, daß der Wille des Vertreters für die Fremdwirkung entscheidend sei. Dies aber nur, wenn und so weit der Wille des Vertreters ausdrücklich geäußert sei. Charakteristisch für Jherings Auffassung ist sein Satz: „die Wirksamkeit des durch einen Vertreter abgeschlossenen Geschäfts für den Prinzipal beruht nicht auf der bloß subjektiven Absicht des Stellvertreters sondern auf der objektiven Richtung des Geschäfts auf den

---

[1]) a. a. O. S. 174.
[2]) Jahrb. f. Dogmatik I, S. 319 ff

Prinzipal, auf dem Abschluß in dessen Namen." Damit stellt es Jhering auf den Willen des Vertreters ab. Auf das Vorhandensein dieses Willens ist daraus zu schließen, daß der Vertreter *im Namen* des Vertretenen handelt; insoweit nur ist er für die Fremdwirkung erheblich und wird für sie unter Berücksichtigung sozialer Elemente und wirtschaftlicher Interessen, also objektiver Momente, gewertet.

Bremer 1* läßt ebenfalls den Willen des Mittlers entscheidend sein. Er geht von dem Gedanken aus, daß der Wille, für einen anderen den Besitz zu erwerben, als rein innerer rechtlich unwirksam ist. Wirksam wird der Wille erst dann, wenn er irgendwie geäußert ist. Der Besitzerwerb braucht aber nicht ausdrücklich — wie Jhering nach seiner ursprünglichen Auffassung will — *im Namen* des Vertretenen vorgenommen zu werden. Man kann vielmehr auf den Willen des Handelnden, nur Mittler zu sein, auch aus der Art der Handlung oder den Umständen, unter denen sie vorgenommen wird, schließen. In Zweifelsfällen muß man prüfen, ob ein vernünftiger Mensch unter den gegebenen Umständen einen Mittlerwillen mit Wahrscheinlichkeit als vorliegend erachten kann. Läßt sich auch hieraus ein positives Ergebnis für die Fremdwirkung nicht gewinnen, dann bleibt nur übrig, den Besitz dem Handelnden selbst zuzuschreiben. Sein entgegenstehender Wille bleibt als Mentalreservation unerheblich. 2* Wollte er dagegen den Besitz nur für den Vertretenen erwerben, ohne den dahin gehenden Willen genügend geäußert zu haben, dann konnte er nachträglich noch von sich aus den Besitz auf seinen Auftraggeber übertragen; so war er nicht unmittelbarer, sondern nur mittelbarer Vertreter.

Savigny läßt sich von ähnlichen Gedankengängen leiten wie Bremer. Er hält aber, wenn der Besitzerwerb auf Tradition beruht, nicht den Willen des

---

1) a. a. O. XX. S. 319 ff.
2) Vergl. Dernburg, Pandekten S. 180; Windscheid Pandekten S. 680

Mittlers, sondern den des Tradenten für maßgebend. 1* Dies gilt selbst dann, wenn der Mittler untreuerweise für sich selbst oder für einen dritten, nicht aber für den Vertretenen, den Besitz erwerben will. In diesem Falle erwirbt also der Vertretene den Besitz. Er kann ihn allerdings wieder dadurch verlieren, daß der untreue Vertreter nachträglich selbst den Besitz ergreift.

Die bisher genannten subjektiven Theorien stellen es auf den Willen der Beteiligten ab. Ihnen stehen die objektiven Theorien gegenüber. Diese wollen die Besitzfrage beim Erwerb durch dritte Personen ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten auf Grund anderer Umstände entscheiden. Es kommen hier Iherings Interessen-Theorie und Lenels Kausal-Theorie in Frage.

Ihering gab seine oben Seite 13 dargestellte „Kundgebungs-Theorie" auf. 2* Er vertrat später folgende Ansicht:

„Die Frage, ob der Vertreter für sich selbst oder für den Prinzipal erwerbe, sei eine Frage weder seines erklärten, noch seines inneren Willens, vielmehr eine reine Interessenfrage. Darauf allein kommt es an, ob der Vertreter ein Interesse daran hat, den Besitz zuerst für sich zu erwerben oder nicht."

Man muß nach Ihering in jedem einzelnen Falle untersuchen, ob der Dritte ein Interesse daran hat, den Besitz für sich selbst zu erwerben, und ihn erst nachher von sich aus auf den anderen zu übertragen. Hat der Dritte Ersatzansprüche oder Ansprüche für Aufwendungen, die noch nicht befriedigt sind, dann wird er kein Interesse daran haben, den Besitz unmittelbar für den anderen zu erwerben. So wird er aus dem unmittelbaren zum mittelbaren Vertreter beim Besitzerwerb. Wenn der Vertreter beim Besitzerwerb durch Tradition im Namen des Vertretenen handelt, dann wird der Vertreter selbst aus diesem Erwerb

---

[1]) Savigny S. 353.
[2]) Ihering, der Besitzwille S. 380.

nicht verpflichtet; er hat deshalb kein Interesse, für sich selbst den Besitz zu erwerben. In diesem Falle erwirbt der Vertretene direkt den Besitz. Wie beschaffen das Interesse des Vertreters ist, kann man am besten aus den rechtlichen Beziehungen erkennen, die dem Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen zu Grunde liegen. Ein rechtliches Verhältnis wird nicht immer bestehen, aber es wird — und dies besonders im wirtschaftlichen Verkehr — die Regel bilden.

Man kann Iherings-Theorie nicht für geeignet halten, die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu erhöhen. 1* Es ist ungemein schwierig und umständlich, derart feine Untersuchungen über das Interesse des Mittlers in jedem Falle anzustellen, denn das zugrundeliegende Rechtsverhältnis gibt keinen sicheren Anhaltspunkt für die Entscheidung. Durch eine solche Lösung der Frage muß die Erkennbarkeit des Besitzes leiden.

Als zweite der objektiven Theorien ist die Kausalitäts-Theorie Lenels zu nennen. 2* Danach erwirbt der Vertreter für den Vertretenen Besitz, wenn er in dessen Auftrag auf Grund eines für diesen bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses Besitz erwirbt. Wer dagegen auf Grund eines für ihn selbst bestehenden Kausalverhältnisses Besitz erwirbt, erwirbt nur für sich selbst. 3* Es kommt also nach Lenel nicht auf den Willen der Beteiligten an, sondern lediglich auf die Interessenlage, die durch das Kausalverhältnis offenbart wird. Der Wille ist so für die Entscheidung der Besitzfrage nicht von Bedeutung; gewöhnlich wird er aber aus dem Kausalverhältnis zu erkennen sein, und der Enderfolg wird ihm entsprechen.

Beide objektiven Theorien werden der Natur des römischen Rechtes und des gemeinen Rechtes nicht gerecht. Man kann aber auch nicht der einen oder der anderen der oben dargestellten subjektiven Theorien

---

1) Regelsberger S. 407
2) Kaemmerer S. 26, 62 ff.
3) Jahrb. für Dogma. Bd. 36, 42 ff. Bd. 57 S. 58

ausschließlich beitreten. Richtig dürfte es sein, den Mittelweg einzuschlagen. Die Theorie Bremers in Verbindung mit der oben dargestellten Lehre v. Savignys ist wohl für die Entscheidung der Besitzfrage beim Erwerb durch dritte Personen der einzig gangbare Weg.

Wir wenden uns nunmehr der Lösung der Aufgabe nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches zu.

B. Besitzerwerb durch Dritte nach BGB.

§ 4.

Die rechtliche Natur des Besitzes und die Erfordernisse des Besitzerwerbs überhaupt.

Es ist notwendig, in kurzen Zügen zunächst auf die rechtliche Natur des Besitzes einzugehen; ferner sollen die Erfordernisse des Besitzerwerbs überhaupt dargestellt werden. Von einer ausführlichen Behandlung dieser Fragen muß im Rahmen der vorliegenden Arbeit abgesehen werden.

Das Gesetz selbst gibt keine Begriffsstimmung des Besitzes; und dies mit gutem Recht. Besitz ist ein zu weitgehender Begriff, als daß er vom Gesetz in seiner ganzen Bedeutung in eine klare Definition gebracht werden könnte, die für den großen Zeitabschnitt der Geltung des Gesetzes selbst festgelegt sein soll. Die allgemein übliche Definition, der Besitz sei ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis von Person zur Sache, an das die Rechtsordnung gewisse Rechtsfolgen knüpfe, besagt nicht sehr viel. Doch läßt sich der Besitzbegriff nicht genauer umschreiben, weil er ein sozialer Begriff ist; diese Auffassung gewinnt in der Wissenschaft immer mehr an Boden. 1*

Das BGB. sagt in § 854 nur, wie der Besitz erworben wird.

Die rechtliche Natur des Besitzes ist in der Wissenschaft, da das Gesetz auch hier schweigt, ebenfalls

[1] Bruns S. 46

bestritten. Die einen halten des Besitz für ein Recht, die anderen für eine Tatsache.

Man muß versuchen, aus einzelnen Gesetzesbestimmungen einen Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage zu gewinnen. § 268 spricht dafür, daß der Besitz kein Recht ist, weil der Besitzer in Gegensatz gestellt wird zu dem, der Gefahr läuft, ein Recht an der Sache zu verlieren. Nach § 865 BGB. ist Besitz an Bestandteilen, also auch an wesentlichen Bestandteilen, möglich; daher ist der Besitz auch kein Recht (§ 90). Gegen die Annahme, daß der Besitz eine Tatsache sei, sprechen die §§ 857, 861 und 862 BGB. — § 857 läßt den Besitz auf den Erben übergehen. Vererblich sind aber niemals Tatsachen sondern nur Rechte. Andererseits, wenn der Besitz keine Tatsache sondern ein Recht sein soll, weshalb ist dann seine Vererblichkeit besonders ausgesprochen? § 857 rechtfertigt also weder die eine noch die andere Auffassung. Nach §§ 861, 862 BGB. genießt der Besitzer Rechtsschutz gegen Besitzentziehung und -störung jedes Dritten. Tatsachen werden jedoch von der Rechtsordnung nicht geschützt. Der Besitz kann daher nicht nur als Tatsache angesehen werden, aber auch nicht als blosses Recht. Die Motive nennen ihn Rechtsposition, also ein Rechtsverhältnis.[1] Eine Klärung der Frage läßt sich aus dem Gesetz nicht herbeiführen.

Allein mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Besitzschutzes, den der Besitzer gegen jeden Dritten genießt, sodaß also jedermann den Besitz zu achten hat, ist der Besitz im Ergebnis als Recht, und zwar als absolutes Recht, zu behandeln. Mit dieser Entscheidung dürfte man der rechtlichen Natur des Besitzes wohl am nächsten kommen. Diese Auffassung ist darum die durchaus herrschende, wenn sie auch nicht ganz allgemein zutrifft. Denn die tatsächlichen Beziehungen können bei dem Besitz nicht immer unberücksichtigt bleiben. Als absolutes Recht ist der Besitz nach der festen Rechtsprechung des Reichsgerichts ein „son-

1) Ebenso Endemann II, 1 § 25, S. 127

stiges Recht" des § 823 Abs. 1 BGB.; ebenso die auch sonst herrschende Meinung. 1*

Wie erwirbt man den Besitz? Hier sagt das Gesetz im § 854 Abs. 1 BGB.:

„Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben."

Was ist zunächst die „tatsächliche Gewalt?" Ebenso wie der Besitz selbst ist auch sie ein sozialer Begriff, der sich nicht für alle Zeiten bestimmen läßt, sondern von der jeweiligen Auffassung der staatlichen Gesellschaft abhängt. Wann eine Sache derart in der Machtsphäre jemandes steht, daß man diesem die tatsächliche Gewalt darüber zuspricht, bestimmt die Verkehrsanschauung. Die durch die Anschauung der Rechtsgenossen erfolgte Anerkennung einer tatsächlichen Beziehung zur Sache als „tatsächliche Gewalt" ist maßgebend. Eine physische Beherrschung ist keineswegs erforderlich, vielmehr eine Beziehung der Person zur Sache, die besonders infolge des ihr von der Rechtsordnung gewährleisteten Schutzes als tatsächliche Gewalt angesprochen werden muß. 2*

Ob zum Besitzerwerb ein Erwerbswille erforderlich ist, ist bestritten, m. E. aber zu bejahen. 3* Die Gegenmeinung 4* stützt sich vor allem auf folgende Erwägungen:

Wäre ein Besitzwille erforderlich, dann würde etwas davon im Gesetz stehen; das sei aber nicht der Fall. Weiterhin beweise die Entstehungsgeschichte des BGB. die bewußte Loslösung von der römischen Lehre.

---

1) RG. Gruch. Beitr. Bd. 50, S. 968; RGZ. Bd. 57, S. 353; 59, 326; 91, 60; 95, 284; 102, 347; 105, 21: Enneccerus zu § 823 Abs. I; Warn. 823, S. 1306. A.A. Planck zu § 823, hauptsächlich auf Grund der Motive.

2) Stolz S. 16

3) Ebenso Wolff § 10 II; Bruns S. 59: Draganesko S. 55; Planck III. Bd. zu § 854; Frank S. 14—51; Stolz S. 28

4) F. Leonhard, Stellvertretung . . . S. 69 ff.; Nassauer S. 23; Trendelenburg S. 25

Der Besitzbegriff des BGB. sei ein vollkommen objektiver geworden.

Dieser Ansicht gegenüber muß festgestellt werden, daß man, wenn auch der zweite Entwurf — anders als der erste Entwurf im § 797 — das Willenserfordernis nicht mehr ausdrücklich aufstellt, dieses damit keineswegs für beseitigt halten kann. Die Verschiedenheit des Textes der beiden Entwürfe beruht vielmehr darauf, daß der erste Entwurf noch die alte Unterscheidung zwischen Besitz und Inhabung kennt. 1* Es gehört also zum Besitz ein Besitzwille. Das ist der auf das Haben der tatsächlichen Herrschaft gerichtete Wille. Es ist nicht der Wille erforderlich, die Sache als eigene zu haben. Wenn man dies fordert, dann kommt man auf das hinter dem Besitz stehende Recht. Oder man kommt auf den Eigenbesitzwillen, und das ist nur ein besonders qualifizierter Besitzwille.

Das Gesetz verlangt zwar den Besitzwillen nicht ausdrücklich. Es verlangt jedoch für den Besitzerwerb die Erlangung der tatsächlichen Herrschaft. Das „Erlangen" fordert aber, ebenso wie das „Erreichen", ein darauf gerichtetes Streben. Wenn ich etwas erstrebe, dann will ich es auch. Gerade in den Fällen, in denen ich durch eigene Handlungen den Besitz erwerbe, ist das Fehlen eines entsprechenden Willens undenkbar. 2*

Ohne einen auf die Herrschaft gerichteten Willen kann man also die tatsächliche Herrschaft nicht erlangen. 3* Man muß deshalb auch aus dem Wortlaut „Erlangung der tatsächlichen Gewalt" entnehmen, daß zum Besitzerwerb ein Wille erforderlich ist. — Eine weitere Stütze findet diese Absicht in den § 867 und 1005 BGB. Wenn danach eine Sache auf ein im Besitz eines anderen befindlichen Grundstücks fällt, so

---

1) Vergl. v. Wendt S. 83
2) Kreß S. 143
3) Wolff § 10, II; Bruns S. 59; Draganesko S. 55

ist damit schon ein tatsächliches Verhältnis des Grundstückbesitzers zur Sache geschaffen, das jedem Dritten gegenüber den Grundstücksbesitzer nach der Verkehrsauffassung auch zum Besitzer der Sache machen würde. Dennoch erwirbt er nicht den Besitz der Sache, wenn er sie nicht besonders in Besitz nimmt. Da aber eine tatsächliche Beziehung zur Sache bereits vorhanden ist, eine solche also nicht mehr geschaffen werden kann, besteht die Besitzbegründung für den Grundstückbesitzer darin, daß zu diesem tatsächlichen Verhältnis sein Besitzerwerbswille dazu kommt.

Dieser Wille braucht kein Wille im Rechtssinne zu sein, es genügt ein natürlicher Wille 1* M. E. dürfen bei Prüfung der Frage, ob dieser Wille im konkreten Falle vorhanden ist, keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden. Ein ausgesprochener positiver Wille gehört nicht zum Besitz; nur darf ein entgegenstehender Wille nicht hervortreten. Zum Besitzerwerb genügt ferner ein genereller Erwerbswille. Wann dieser als vorhanden anzusehen ist, ist nach dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden zu prüfen.

Weil ein natürlicher Wille genügt, unterliegt er nicht den Bestimmungen des Zivilrechtes über Geschäftsfähigkeit, Willensmängel usw.; er ist vielmehr nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen. Zur Bildung dieses Willens braucht der Besitzerwerber nur so verständig zu sein, daß er begreifen kann, was seine Handlungen tatsächlich bedeuten.

Es ist mithin anzunehmen, daß zum Besitzerwerb zwei Momente gehören: einmal ein objektives, nämlich die tatsächliche Beziehung der Person zur Sache, die Sachherrschaft; ferner ein subjektives, nämlich der Besitzwille, d. h. die Person muß den Willen haben, die tatsächliche Sachherrschaft zu haben.

Außer dem Erwerb gemäß § 854 Abs. 1 kennt das BGB. noch drei andere Arten des Besitzerwerbes:

---

[1]) Frank S. 21; Wolff § 10 III, 2

Wenn nämlich der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, so genügt zum Besitzerwerb die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers (§ 854 Abs. 2). Für den Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 ist erforderlich, daß der Uebertragende *noch* Besitzer ist, und daß der Erwerber nicht Besitzer ist, daß er sich aber in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache auszuüben. Diese Besitzübertragung durch bloße Willenseinigung stellt also eine gegenüber dem Erwerb gemäß § 854 Abs. 1 BGB. *erleichterte* Art des Besitzerwerbes dar. [1]

Ferner ist ein Besitzerwerb durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 870 BGB. möglich. Dieser lautet: Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.

Die letzte Besitzerwerbsart ist die durch Erbgang. Der Erbe erlangt ohne besondere Besitzergreifung den Besitz der Sachen so, wie ihn der Erblasser hatte (§ 857 BGB.).

§ 5.
Allgemeines über den Besitzerwerb durch dritte Personen nach BGB.

Wir kommen nun zur eigentlichen Behandlung des Themas nach bürgerlichem Recht: Kann man durch dritte Personen Besitz erwerben, und in welcher Weise geschieht das?

§ 854 Abs. 1 BGB. fordert nicht, daß man die tatsächliche Beziehung zur Sache für den Besitzerwerb selbst schafft. Da der Geist der Besitzvorschriften dem nicht entgegensteht, muß es einen Besitzerwerb durch dritte Personen geben. [2] Eine besondere dahingehende Bestimmung in § 801 des ersten Entwurfs wurde in den zweiten Entwurf nicht übernommen. Doch ist diese Ansicht so selbstverständlich, daß sie in Wissenschaft und

---

1) Ebenso Wolff, § 11, II

2) Kaemmerer, Stellvertretung im Besitzerwerb nach BGB, S. 123 f.; Bruns S. 143

Praxis ausnahmslos vertreten wird. Mehr noch als im römischen und gemeinen Recht ist der Besitzerwerb durch dritte Personen heute ein brennendes praktisches Bedürfnis.

Das BGB. hat in den §§ 855 und 868 selbst zwei Möglichkeiten des Besitzerwerbs durch dritte Personen geschaffen. Zwar sprechen diese Gesetzesbestimmungen nicht ausdrücklich davon. Es ist jedoch mit der herrschenden Meinung anzunehmen, daß bei Erfüllung ihrer Tatbestände ein solcher Besitzerwerb eintritt. 1* Hat man also den Willen zur Herrschaft über die Sache, so genügt die Einfügung in die tatsächliche Gewalt auch dann zum Besitzerwerb, wenn sie durch Vermittlung fremder Hände geschieht. 2*

Eine Vertretung im Willen ist jedoch nicht möglich. 3* Ich erinnere hier an den oben S. 6 erwähnten Satz der Römer: ...animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.

Im folgenden sollen die Wege des Besitzerwerbs gemäß den §§ 855 und 868 eingehend untersucht werden; darauf wird zu prüfen sein, ob diese Regelung ausschließlich ist oder ob man noch in sonstiger Weise Besitz durch dritte Personen erwerben kann.

§ 6.

Besitzerwerb durch Besitzdiener.

§ 855 lautet: „Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer."

Eine Bezeichnung für den, der gemäß § 855 BGB. die tatsächliche Gewalt für einen anderen aus-

---

[1]) Vergl. Schindler S. 22; Draganesko § 20; Fuchs § 5; Wolff §§ 13, 14; Nassauer S. 23, 24;
[2]) Bruns S. 60; Gierke S. 229 f.
[3]) Bruns S 85

übt, hat das Gesetz nicht gefunden. In der Wissenschaft sind deshalb nach dieser Richtung hin eine Reihe von Vorschlägen gemacht worden. Kohler versuchte die Bezeichnung „Besitzhalter" einzuführen, 1* Dernburg „Besitzgehilfe"; 2* zu umständlich ist die Formulierung Strohhals „nicht selbständiger Inhaber." 3* Die Bezeichnung „Besitzdiener", die Bekker 4* gefunden hat, hat sich heute fast überall durchgesetzt, sodaß sie auch in dieser Abhandlung gebraucht werden soll.

Ganz einwandsfrei ist diese Bezeichnung auch nicht. Sie verleitet leicht dazu, an einen besonderen Stand der Besitzdiener zu glauben, so wie es im römischen Recht die Sklaven waren. Der heutige Besitzdiener kann aber — anders als der römische Sklave — auch selbst Sachen besitzen und wird es auch ausnahmslos. Besitzdiener ist er jedoch nur hinsichtlich einzelner Sachen, an denen er in einem den Tatbestand des § 855 erfüllenden Verhältnis für den Besitzherrn die Gewalt ausübt. 5*

Das Verhältnis des § 855 zu § 854 BGB. ist nicht unbestritten. Manche halten § 855 für eine Ausnahme-, andere für eine Ergänzungsvorschrift zu § 854 BGB. Die erste Meinung wird besonders von F. Leonhard 6* und Kipp 7* vertreten; sie erblickt den Ausnahmecharakter der Bestimmung des § 855 darin, daß der Diener hier nicht Besitzer ist, obwohl er die tatsächliche Gewalt innehat, also gemäß § 854 Abs. 1 eigentlich Besitzer sein müßte.

M. E. ergänzt § 855 den § 854 und dient dazu, Zweifel darüber aus dem Wege zu räumen, wer von den beteiligten Personen Besitzer und wer nur Besitzdiener ist. 8*

---

[1]) Arch. f. Bürg. Recht Bd. 18, S. 110;
[2]) Bürg. Recht Bd. 3, S. 47;
[3]) Iher. Jahrb. Bd. 38, S. 13;
[4]) Iher. Jahrb. Bd. 34, S. 42;
[5]) Trendelenburg S. 38
[6]) A. a. O. S. 63
[7]) Bei Windscheidt I, S. 768
[8]) So auch Blanck und Staudinger zu § 855 BGB.

§ 855 erfordert:

1. daß jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen ausübt und zwar
2. in einem Verhältnisse, vermöge dessen er sich den auf die Sache beziehenden Weisungen eines anderen Folge zu leisten hat.

Wird dieser Tatbestand erfüllt, dann wird der andere Besitzer. Hierbei ist es nach den oben im § 5 Gesagten auch zulässig, daß der (spätere) Besitzdiener die Sache, über die er die Gewalt für den anderen ausüben soll, erwirbt; er macht den anderen zum Besitzer, wenn der Erwerb in den oben zu 2. bezeichneten Verhältnisse geschieht.

Nach einigen 1* Schriftstellern ist der Begriff der „tatsächlichen Gewalt" in § 855 BGB. ein anderer als der in § 854. Unter tatsächlicher Gewalt verstehen sie richtig eine tatsächliche Beziehung einer Person zur Sache, welche nach der Verkehrsanschauung der Person die Herrschaft über die Sache verleiht. Eine solche tatsächliche Gewalt über die Sache erlange der Besitzdiener jedoch nicht. Daß vielmehr der Besitzherr nach § 855 die tatsächliche Gewalt innehabe, ergebe sich aus § 856. Wenn nämlich in § 856 der Besitzer die tatsächliche Gewalt verliere, müsse er es auch sein, der sie vorher inne gehabt habe. Das einzige, das diesen beiden als „tatsächliche Gewalt" bezeichneten Begriffen gemeinsam sei, sei die sprachliche Bezeichnung.

M. E. sind diese Darlegungen nur deshalb möglich, weil Schindler und Stolz versucht haben, das Willensmoment als Erfordernis des Besitzes auszuschalten. Darum müssen ihre Ausführungen zu dem Begriff der tatsächlichen Gewalt in § 855 BGB. nach der hier vertretenen Ansicht auch unrichtig sein. Denn tatsächliche Gewalt und tatsächliche Gewalt ist dasselbe. Gerade der § 855 spricht wieder für das Willenserfordernis. Weil der Besitzdiener, der zum Be-

---

[1]) Schindler, S. 23; Stolz, S. 29

sitzherrn in dem noch zu beschreibenden Verhältnis steht, die tatsächliche Gewalt über die Sache für den anderen ausübt, ist der andere Besitzer. Etwas „für einen anderen" tun, fordert aber eine bestimmte Willensrichtung; der Handelnde muß den Willen haben, die Wirkungen, den Erfolg seines Tuns nicht für sich sondern für einen anderen eintreten zu lassen. [1] Genau so verhält es sich im § 855 BGB. Der Besitzdiener muß den Willen haben, für den anderen die tatsächliche Gewalt auszuüben.

Nach Fuchs [2], der den Willen für vollkommen unbeachtlich hält, bedeuten die Worte „für einen anderen" nur einen Hinweis auf das objektive Abhängigkeitsverhältnis, in dem der Besitzdiener zum Besitzherrn steht. Diese Ansicht geht fehl. Denn man darf nie vergessen, daß der Besitzdiener ein mit Vernunft und freiem Willen ausgestatteter Mensch ist; er ist kein blosses Werkzeug in der Hand des Besitzherrn. [3] Immer muß er selbst den Willen haben, für den anderen die tatsächliche Gewalt auszuüben, wenn er auch manchmal — etwa wegen wirtschaftlicher Abhängigkeit — gezwungenermaßen diesen Willen bilden muß.

Den Willen, die tatsächliche Gewalt für den anderen auszuüben, kann man am besten als Besitzdienerwillen bezeichnen. Es braucht nur ein natürlicher Wille zu sein.

Schindler [4] leugnet die Existenz des Besitzdienerwillens deswegen, weil die Worte „für einen anderen" nichts anderes ausdrücken als die tatsächliche Gewalt „anstelle" eines anderen, „in dessen Interesse" innehaben. [5] Das ist aber keine Begründung für die Ausschaltung des subjektiven Moments in § 855 sondern beweist gerade die Notwendigkeit des Besitzdiener-

1) ebenso Bruns S. 149;
2) a. a. O. § 7.
3) Kreß S. 165
4) a. a. O. S. 24
5) desgl. Przibilla, Jher. Jahrb. Bd. 50. S. 348

willens. Denn im Interesse eines anderen werde ich als freier Mensch nur tätig, wenn ich es will. Daß ich diesen Willen habe, beweise ich durch mein Tun. Habe ich etwa in meinem Inneren den dem äußeren Verhalten entgegengesetzten Willen, so kommt der entgegenstehende Wille garnicht in Betracht. Der gleiche Gedanke ist in § 116 BGB. ausgesprochen, der die Unwirksamkeit einer Mentalreservation behandelt. [1] § 116 kann hier jedoch keine direkte Anwendung finden, weil der Erwerb des Besitzes zwar eine Willensbetätigung, aber keine Willenserklärung in sich schließt. Ein lediglich innerer, nicht geäußerter Wille ist im Rechtsleben unerheblich; [2] dies gilt auch hier. [3] Maßgebend ist in solchem Falle nur der Wille, auf dessen Vorhandensein aus dem äußeren Tun geschlossen werden muß. Das äußere Tun wird immer davor bewahren, bei Entscheidungen eines Rechtsfalles das subjektive Moment, den Willen, auf Kosten der Rechtssicherheit allzu sehr zu berücksichtigen.

Gegen die Auffassung, daß der § 855 BGB. einen Besitzdienerwillen erfordert, wird weiter eingewendet, daß der Besitzdiener auch gegen seinen Willen die tatsächliche Gewalt erlangen könne, und daß auch dann der Tatbestand des § 855 erfüllt werde. Zum Beweise dieser Behauptung führt Schindler [4] folgendes Beispiel an:

Wenn der Kutscher an einer Peitsche so sehr Gefallen findet, daß er sie sich aneignen will und sie sogar schon als sein Gut betrachtet, obwohl er sie auftragsgemäß benutzt, wird durch den Willen allein das Verhältnis des § 855 nicht abgeändert. Der Kutscher bleibt solange Besitzer, bis er seinen Willensentschluß deutlich der Außenwelt gegenüber betätigt. Sobald er aber die Peitsche aus dem dazu gehörigen

---

1) Kreß S. 168
2) Vergl. auch RGZ. Bd. 86, S. 264
3) Bruns S. 147
4) a. a. O. S. 25

Raum entwendet und sie in seiner Wohnung in Sicherheit gebracht hat, hat der Herr den Besitz verloren. — Das ist aber keine Folge der Willensänderung sondern lediglich auf die Aufhebung der äußeren Beziehungen zurückzuführen.

Dieses Beispiel Schindlers ist nicht geeignet, die Richtigkeit des obengenannten Einwandes gegen den Besitzdienerwillen darzutun. Denn solange der entgegenstehende Wille des Kutschers nicht hinreichend geäußert ist, kommt er ja für das Rechtsleben nicht in Betracht; es ist genau so, als wenn er überhaupt nicht vorhanden wäre. Das ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz 1*, unter dessen Nichtachtung in dem Beispiel die Folgerung gezogen ist, daß § 855 den Besitzdienerwillen nicht erfordere. Der Einwand, daß der Besitzdiener auch gegen seinen Willen die tatsächliche Gewalt gemäß § 855 BGB. ausüben könne, ist mithin nicht stichhaltig.

Nach den eben vorhergehenden Ausführungen könnte es scheinen, als ob aus dem Festhalten an dem Erfordernis des Besitzwillens in dem Falle des § 855 eine Rechtsunsicherheit entstehen könnte, weil man in jedem Falle erst die Beschaffenheit des Willens des Besitzdieners untersuchen müßte. Dieses Argument wird auch von den Gegnern des Besitzwillens u. a. ins Feld geführt.

Es trifft jedoch nicht zu. Denn in der Regel darf man annehmen, daß die Besitzdiener des § 855 BGB. die tatsächliche Gewalt nicht für sich selbst erwerben bezw. ausüben wollen, sondern für ihren Herrn. Es ist zu bedenken, daß es sich hier zumeist um Personen handelt, für die die Besitzdienerstellung eine Lebensstellung ist, oder denen sie wenigstens für lange Zeit Fortkommen und Lebensunterhalt bietet. Sie haben deshalb garnicht das Interesse und infolgedessen auch nicht den Willen, dem Interesse und Willen des Besitzherrn Widerpart zu geben. Der Erwerb

---

[1]) Vergl. RGZ. Bd. 81, S. 294;

bezw. die Ausübung der tatsächlichen Gewalt für den Herrn gemäß dessen Weisung darf also von Besitzdienern ohne weiteres vorausgesetzt und braucht deshalb nicht erst besonders geprüft zu werden.

Wenn aber im entgegengesetzten Falle der Besitzdiener einmal seinem Herrn ungehorsam sein und für sich erwerben will, was nur ganz vereinzelt vorkommen wird, dann muß dieser Ungehorsam aus ganz besonderen nach außen erkennbaren Momenten hervorgehen: der Besitzdiener muß durch sein Verhalten, da es regelwidrig ist, ausdrücklich darauf hinweisen, daß er nicht im Rahmen seines Besitzdienerverhältnisses die tatsächliche Gewalt erwerben und damit den Weisungen seines Herrn keine Folge leisten wollte.

Unter diesen Umständen dürfte eine Entscheidung nicht schwierig und eine Rechtsunsicherheit nicht zu befürchten sein.

Dem Tatbestand des § 855 BGB. liegt außer dem eben dargestellten subjektiven noch ein objektives Moment zu Grunde: Besitzdiener ist man nur dann, wenn man die tatsächliche Gewalt für den anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse ausübt, vermöge dessen man den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. In der Gestalt dieser Verhältnisse tritt der Besitzdienerwille dem Verkehr gegenüber in die Erscheinung.

Das Gesetz zählt in § 855 diese Verhältnisse nicht einzeln und abschließend auf. Es führt nur zwei der natürlichsten Arten des Besitzdienerverhältnisses beispielsweise an und gibt dann eine allgemeine Umschreibung dieses Verhältnisses, sodaß hier für Wissenschaft und Praxis ein weiter Spielraum geblieben ist. Diese Regelung ist wohl die beste. Ein Gesetzbuch, das nur starre Definitionen kennt, kann nicht lange zeitgemäß bleiben.

Die Begriffe „im Haushalt", „im Erwerbsgeschäft", sind zu geläufig, als daß sie einer eingehenden

Erklärung bedürften. Sie verlangen nicht, daß die Tätigkeit des Besitzdieners im Hause selbst ausgeübt wird.[1] Trotz räumlicher Loslösung muß aber immer noch ein Zusammenhang der Tätigkeit des Besitzdieners mit dem Haushalt bezw. Erwerbsgeschäft des Besitzherrn bestehen.

Diese Beziehung wird desto inniger sein müssen, je mehr der Verkehr daran interessiert ist. Ob noch ein Zusammenhang besteht, entscheidet sich nach einem objektiven Gesichtspunkt, nämlich nach der Verkehrsanschauung.[2] Der Besitzdiener muß also immer innerhalb des Rahmens des Haushalts oder des Erwerbsgeschäfts für den Besitzherrn die tatsächliche Gewalt an dessen Sache ausüben.[3] Ist dieser gewahrt, so steht selbst eine große räumliche Entfernung dem Besitzdienerverhältnis nicht entgegen.[4] Ueberschreitet der Besitzdiener die Grenzen der Herrschaft des Besitzherrn, indem er sich z. B. die Sache des Herrn selbst aneignet und wegschafft, dann hört der Herr auf, Besitzer zu sein.

Schwieriger ist der Begriff des „ähnlichen Verhältnisses" in § 855 BGB. Zunächst ist klar, daß auch in diesem Verhältnis die Beziehungen zwischen dem Besitzherrn und Besitzdiener ungefähr so gelagert sein müssen wie in den beiden vom Gesetz selbst genannten Beispielen. Ein weiterer Anhaltspunkt ergibt sich aus dem Relativsatz in § 855: „Vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat." Die Gehorsamspflicht bezüglich der anvertrauten Sache ist das einzige Merkmal, welches das Gesetz für den Besitzdienerbegriff ausdrücklich gibt. Worin besteht nun das Wesen des „ähnlichen Verhältnisses?" Von vornherein muß hier der Gedanke ausscheiden, daß etwa die obligatorische Verpflichtung, den Weisungen zu fol-

---

1) Fuchs § 6
2) Nassauer S. 26
3) Vergl. auch Stolz S. 30
4) REZ. Bd. 71, S. 251

gen, genügen könnte, 1* wie z. B. bei dem Auftraggeber und Beauftragten. 2* Denn in diesem Falle wäre der Besitzdiener dem Besitzherrn nach unserer Rechtsordnung rechtlich, wenn auch nicht wirtschaftlich gleich geordnet. Ein solches Verhältnis der gleichen rechtlichen Stellung ist aber zwischen Besitzherrn und Besitzdiener hinsichtlich der Sache nicht möglich. Denn — wie Stolz 3* weiter richtig ausführt — ist der Grundgedanke der rechtlichen Beziehungen zwischen den beiden Beteiligten folgender:

Im Wirtschaftsleben ist es oft unmöglich, daß jemand über alle ihm gehörigen Sachen die tatsächliche Gewalt in eigener Person ausübt. Man denke nur an den Industrieherrn, der große Unternehmungen vielfach an verschiedenen Orten hat, an den Kaufmann, der mehrere Niederlassungen seines Geschäfts, sei es an demselben Ort, sei es in verschiedenen Städten unterhält. Diese Leute können nicht gleichzeitig in allen ihren Betrieben arbeiten. Wenn sie nicht hohe wirtschaftliche Werte brachliegen und verkümmern lassen wollen, müssen sie andere Personen als Besitzdiener anstellen, welche die tatsächliche Gewalt für sie, an ihrer Stelle, ausüben. Auf diese Weise nutzen sie ihre Sachen wirtschaftlich gut aus, ohne andererseits etwas von ihrer Machtstellung über ihre Sachen einzubüßen. Sie bleiben vollkommen Herren über ihre Sachen und können jederzeit damit tun und lassen, was sie wollen. Diese Stellung können sie aber nur erreichen und behalten, wenn die Diener ihren Weisungen hinsichtlich der Sachen unbedingt Folge leisten. Ein solch weitgehende Folgepflicht wird sich nicht erreichen lassen, wenn jemand bei Ausübung der tatsächlichen Gewalt sein eigenes Interesse wahrnimmt, was regelmäßig bei dem vorliegen wird, der vertragsgemäß die Gefahr der Sache zu tragen

---

1) Vergl. Strohhal S. 8
2) Planck Bd. 3 zu § 855 S. 46
3) S. 31

hat. Dieser Ausübende kann nicht Besitzdiener sein.[1] Er könnte aus dem Vertrage ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache haben. Ein solches hält Fuchs[2] mit Recht für unvereinbar mit dem Wesen der Besitzdienerschaft.[3] Der Diener muß also hinsichtlich der sich auf die Sache beziehenden Dispositionen des Besitzherrn diesem nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich untergeordnet sein. Rechtliche Gleichordnung widerspricht dem Wesen des Besitzdienerbegriffs.

Vielmehr ist erforderlich, daß der die Gewalt auf Grund des § 855 Ausübende die Ausübung auf Befehl des anderen diesem ohne weiteres überlassen muß. Von sich aus anderweitig über die Sache zu bestimmen, steht dem Besitzdiener nicht zu. Auch gegen den Willen des Ausübenden muß ihm der andere die Ausübung ohne gerichtliche Hilfe entziehen können.[4] Eine Entziehung der Sache durch den Besitzherrn könnte dann bei Weigerung des Besitzdieners niemals eine verbotene Eigenmacht des Besitzherrn, sondern nur eine solche des Besitzdieners werden.[5] Aus einem bloßen privatrechtlichen Rechtsverhältnis heraus ließe sich eine solche Machtstellung des Herrn nicht erklären und rechtfertigen.[6] Die Wirkung des § 855 muß andere Momente zur Ursache haben, die im folgenden untersucht werden sollen.

Das Befehlsrecht des Herrn und die diesem entsprechende Gehorsamspflicht des Dieners ergibt ein Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners gegenüber dem Besitzherrn.

Da, wie eben gezeigt worden ist, das Abhängigkeitsverhältnis nicht auf einem, sei es öffentlichrechtlichen, sei es privatrechtlichen, Rechtsverhältnis zwischen Herrn und Diener beruht, so braucht ein etwa

---

1) RGZ Bd. 72, S. 285
2) § 6
3) Ebenso Bruns S. 146
4) Planck zu § 855, S. 46
5) Wolff § 6, I.
6) Bruns S. 145

vereinbartes Rechtsverhältnis auch nicht rechtsgültig zu sein. Die Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses würde dem Vorliegen eines Besitzdienerverhältnisses nicht entgegenstehen. Nur muß die persönliche Abhängigkeit noch weiter anerkannt werden.

Es kann aber ein Rechtsverhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener vorliegen, und dies wird in der Regel auch der Fall sein. Am besten entspricht der Besitzdienerschaft das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechts, z. B. das zwischen Staat und Soldat bezüglich der Waffen, Staat und Strafgefangenen bezüglich der Kleidung. 1* Das Rechtsverhältnis kann auch privatrechtlicher Natur sein, so der zwischen Hausherrn und Dienstmädchen abgeschlossene Dienstvertrag. Andererseits kann man auch aus blosser Gefälligkeit die tatsächliche Gewalt für einen anderen gemäß § 855 ausüben.

Ohne Bedeutung für das Abhängigkeitsverhältnis des § 855 ist es, ob die Sache dem Besitzherrn oder einem anderen gehört. Sie kann auch dem Besitzdiener gehören. 2*

Bekker behauptet 3*, daß die sofortige Gehorsamspflicht wesentlich sei. Dem ist aber mit Schindler 4* entgegenzuhalten, daß die von Bekker geforderte sofortige Folgepflicht deswegen für den Besitzdienerbegriff nicht wesentlich sein kann, weil diese bei den Rechtsverhältnissen des § 868 BGB. auch vorhanden ist. Wir haben ferner gesehen, daß eine räumliche Beziehung des Herrn selbst zu der Sache nicht notwendig ist. Eine solche kann freilich vorliegen. Sie wird als Hilfsmittel bei einer Entscheidung stets willkommen sein. Sie ist jedoch für § 855 unerheblich. Wichtig wird sie dagegen im Strafrecht. Das Vorliegen einer nahe räumlichen Beziehung des Herrn

---

[1]) Beispiele von M. Wolff § 6, III

[2]) Wolff § 6, III, 4

[3]) S. 45

[4]) S. 28

zur Sache — im Strafrecht Gewahrsam genannt — ist zu prüfen zur Entscheidung der Frage, ob gegebenenfalls Diebstahl oder Unterschlagung vorliegt.

Ebenso wenig darf eine Erkennbarkeit 1* des Abhängigkeitsverhältnisses nach außen gefordert werden. Die Notwendigkeit der Erkennbarkeit geht weder aus dem Wortlaut des § 855 hervor noch entspricht sie einem praktischen Bedürfnis. Die Gegenmeinung 2* geht hier sogar so weit, zur Erkennbarkeit der Besitzdienerschaft die Tätigkeit, besonders den Erwerb jemandes in seiner Eigenschaft als Besitzdiener, nur in den Räumlichkeiten des Haushalts des Erwerbsgeschäfts usw. selbst zuzulassen. Es ist aber oben bereits dargelegt worden, daß die räumliche Beschränkung für das Besitzdienerverhältnis nicht wesentlich ist.

Wesentlich für die Besitzdienerschaft ist dagegen die Unselbständigkeit des Besitzdieners und seine völlige Unterordnung unter den Besitzherrn. 3* Ob die Stellung des Besitzdieners dem Herrn gegenüber von dieser Art ist, läßt sich nicht auf Grund lediglich juristischer Gesichtspunkte feststellen. 4* Hierfür sind soziale Grundsätze, die Verkehrsanschauung 5*, aber auch rechtliche und tatsächliche Beziehungen maßgebend. Strohhal 6* geht bei der Beurteilung von der Auffassung des Lebens aus: das ähnliche Verhältnis des § 855 ist ein Verhältnis tatsächlicher Unterordnung des Besitzdieners unter den Herrn, „von solcher Beschaffenheit, daß, sofern der Inhaber den Weisungen des Herrn nicht Folge leistet, dieser nach der Auffassung des Lebens selbst handelnd eingreifen darf, um seinen Willen durchzusetzen."

---

1) A. A., jedoch zu unrecht, Thoma S. 52, Dernburg III zu § 855; richtig § Wolff § 6, III 3; Fuchs § 6, Schindler S. 28, f.; Bruns S. 152
2) Rotering S. 67
3) Fuchs § 6
4) Leonhard a. a. O. S. 63
5) Planck a. a. O. S. 46
6) Sachbesitz S. 9

Ihering 1* legt der Beurteilung das Rechtsgefühl des Volkes zu Grunde. Wolff 2* nennt die beiden, Besitzherrn und Besitzdiener, „von einem sozialen Ueber- und Unterordnungsverhältnis umspannt.“

Man dürfte nicht fehl gehen, das „ähnliche Verhältnis“ in § 855 und damit die Besitzdienerschaft selbst als ein *soziales Abhängigkeitsverhältnis* zu bezeichnen. Eine genauere Begriffsbestimmung, die der Besitzdienerschaft voll und ganz gerecht wird, läßt sich kaum geben.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß ein Besitzdienerverhältnis nicht durch den Willen der Parteien allein, z. B. durch Vertrag, geschaffen werden kann. Da das Abhängigkeitsverhältnis ein soziales ist, muß es auch *tatsächlich* so geschaffen sein, daß es von der Gesellschaft der Rechtsgenossen, von dem Verkehr, als solches anerkannt wird. Diese Voraussetzungen dürfen nicht fehlen und können durch den blossen Willen der Parteien nicht ersetzt werden. 3*

Die Besitzdienerschaft, ebenso wie der Besitz selbst, setzen Beziehungen von einer gewissen Dauer voraus. A. A. ist anscheinend M. Wolff, 4* der die Zeitdauer für gleichgültig hält, beispielsweise aber „Eintagsdienst“ des Ersatzgehilfen, der Aufwartefrau, für Besitzdienst erklärt und damit doch Verhältnisse von einiger Dauer benennt.

Für den Besitz selbst, das gibt auch M. Wolff 5* zu, verlangt die Verkehrsanschauung immer eine gewisse Festigkeit der Beziehung. Die Richtigkeit dieser Ansicht geht auch aus dem § 856 Abs. 2 BGB. hervor. Eine nur flüchtige Sachberührung reicht für den Besitz nicht aus. 6* So werde ich nicht Besitzer,

---

1) Besitzwille S. 483, 508, 511 ff.
2) a. a. O. § 6, III
3) Stolz § 13
4) a. a. O. § 6, III, 5
5) a. a. O. § 5, III, 1
6) RGZ. Bd. 75, S. 223

wenn ich mir im Theater von einem Mitbesucher für einen Augenblick das Opernglas leihe. Was hier für den Besitz gilt, trifft auch für die Besitzdienerschaft zu. Es ist wohl richtig, daß der momentane Abnehmer des Opernglases wie ein Besitzdiener jederzeit einen Eingriff des Verleihers dulden muß, jedoch nur insoweit als mit dem Eingriff die Rückgabe erstrebt wird. Hierbei ähnelt er einem Besitzdiener, da er dem Besitzherrn gegenüber bezüglich der Sache keinerlei eigenes Recht hat. 1* Ihn aber als Besitzdiener aufzufassen oder auf ihn die Vorschriften des § 855 analog 2* anzuwenden, ist m. E. nicht richtig. 3* Denn der momentane Entleiher des Opernglases muß nicht jede Weisung, wie sie einem Besitzdiener gegeben werden könnte, beachten. 4* Ferner besteht ein erheblicher Unterschied zwischen beiden in der Beziehung zur Sache hinsichtlich der Zeitdauer. Die momentane Innehabung ist weiterhin ein reines Raumverhältnis, was man von der Besitzdienerschaft als einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners von dem Besitzherrn nicht sagen kann. Aus allen diesen Gründen muß man dazu kommen, die Fälle der momentanen Detention von der Besitzdienerschaft streng zu scheiden. 5* Zwischen beiden Begriffen eine Einigung herbeiführen zu wollen, gäbe eine heillose Verwirrung. Den Besitzdienerbegriff nach irgend einer Richtung zu begrenzen, wäre dann nicht mehr möglich. Der momentane Inhaber ist also weder Besitzer, weil seine Beziehung zur Sache nur flüchtig ist, noch Besitzdiener, weil das Abhängigkeitsverhältnis fehlt. Da für ihn auch eine analoge Anwendung des § 855 hier abgelehnt worden ist, kommt die momentane Innehabung als Art des Besitzerwerbs durch dritte Personen gemäß § 855 nicht in Betracht.

---

1) Vergl. Stolz S. 45
2) Last S. 116; Bruns S. 144
3) Ebenso Fuchs § 8
4) Vergl. Bruns S. 144 Anmerk. 1
5) Im Ergebnis wie hier: Schindler S. 31

Ob das soziale Abhängigkeitsverhältnis des § 855 im einzelnen Fall vorliegt, wird nach den hier dargestellten Richtlinien geprüft werden müssen. Das Augenmerk ist, kurz zusammengefaßt, hierbei darauf zu richten, daß ein Unterordnungs-, ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, das von der Verkehrsanschauung als solches anerkannt ist. Ferner muß die Untersuchung ergeben, daß der Herr bezüglich der Ausübung der Gewalt über den Untergebenen unbeschränkt bleibt bezw., wenn die tatsächliche Gewalt vom Diener erst für ihn erworben werden soll, daß der Herr unbeschränkter Herr der Sache wird. Führt die Prüfung zur Bejahung der Fragen und erwirbt jemand in einem Besitzdienerverhältnisse die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen, d. h. mit dem Willen, für den anderen zu erwerben, dann tritt Fremdwirkung ein, d. h. der Besitzdiener erwirbt dem anderen den Besitz. Er macht ihn zum Besitzer der Sache, ohne daß dieser selbst bei dem Erwerb der tatsächlichen Gewalt mitwirkt. [1]

Man kann also auf Grund des § 855 BGB. durch dritte Personen Besitz erwerben.

§ 7.

Besitzerwerb durch Besitzmittler

Im § 6 ist die Möglichkeit dargestellt worden, daß jemand unmittelbarer Besitzer wird, obwohl die tatsächliche Gewalt nicht durch ihn sondern durch einen Dritten, nämlich durch seinen Besitzdiener, erlangt wird. Gemäß § 868 BGB. kann man durch die Handlungen einer dritten Person nur in der Weise Besitz erwerben, daß die dritte Person selbst den unmittelbaren Besitz erwirbt und gleichzeitig hiermit, wenn sie auf Grund eines dem § 868 entsprechenden Verhältnisses handelt, den anderen zum mittelbaren Besitzer macht.

---

[1]) Ebenso Bruns S. 143

§ 868 BGB. lautet: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Ebenso wie der § 855 ist auch der § 868 eine Norm, die sowohl der Besitzerhaltung wie auch dem Besitzerwerb dient. Während aber der § 855 nur einen einzigen Besitzer kennt, nämlich den Besitzherrn, haben wir im § 868 zwei Besitzer. Der Besitzmittler ist der unmittelbare Besitzer, der mittelbare Besitzer, dem der Besitz von unmittelbaren Besitzer vermittelt wird, ist auch Besitzer. Es handelt sich also im § 868 um einen doppelten Besitz. Dadurch ist es jemand bei Erfüllung des Tatbestandes des § 868 ermöglicht, auch dann eine Besitzerstellung zu erlangen bezw. zu behalten, wenn nicht er selbst sondern ein anderer den unmittelbaren Besitz inne hat. Das ist für ihn sehr wichtig, denn der mittelbare Besitzer hat den Besitzschutz, den Schutz des § 823 BGB., er kann ersitzen, er hat die Vermutung des Eigentums gemäß § 1006 BGB. u. a. mehr. Ja, der mittelbare Besitzer gilt in allen Fällen als Besitzer, wenn nicht ausdrücklich ein unmittelbarer Besitz erfordert ist, so z. B. in den §§ 854—856 BGB. Daher finden alle Vorschriften, die nur von einem Besitzer schlechthin sprechen, auch auf den mittelbaren Besitzer Anwendung. 1*

Obwohl also zwischen den beiden Grundpfeilern des Besitzerwerbs durch dritte Personen, den §§ 855 und 856, bedeutende Unterschiede bestehen, ähneln sich beide Bestimmungen darin, daß auch der § 868 einzelne Beispiele des für ihn charakteristischen Verhältnisse, eben des Besitzmittlungsverhältnisses, anführt und es dann mit einem Hinweis auf „ähnliche" Verhältnisse, vermöge... usw." der Wissenschaft überläßt zu er-

---

[1]) Ebenso RGR. Komm. zu § 868

forschen, welche Verhältnisse als Besitzmittlungsverhältnisse in Betracht kommen.

Die Ausdrücke „Besitzmittlungsverhältnis“ und dementsprechend „Besitzmittler“ stammen von Bekker. Sie lehnen sich an den vom Gesetz selbst im § 868 gebrauchten Ausdruck „mittelbarer Besitz“ an. Wohl auch deswegen haben sie sich allgemein eingeführt. Mit Rücksicht hierauf können Einwendungen, die an sich gegen den Gebrauch dieser Ausdrücke nicht unberechtigt wären, besser unterbleiben.

Es ist nun zu prüfen, welche Verhältnisse als Besitzmittlungsverhältnisse des § 868 anzusehen sind.

Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt als Besitzmittler ausdrücklich den Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter und Verwahrer. Nießbrauch, Pfandvertrag, Pacht, Miete und Verwahrung sind sämtlich Rechtsverhältnisse. Zwischen den unmittelbaren Besitzern im § 868 und den mittelbaren Besitzern sind Beziehungen vorhanden, durch welche diese „auch“ zu Besitzern gemacht werden. Erwerben die unmittelbaren Besitzer den Besitz als Nießbraucher, Pfandgläubiger usw., so werden gemäß § 868 die anderen zu mittelbaren Besitzern. Nicht notwendig ist es, daß die in § 868 genannten unmittelbaren Besitzer den Besitz von ihrem mittelbaren Besitzer erhalten haben, sodaß also der nunmehrige mittelbare Besitzer vorher selbst schon Besitzer der Sache gewesen sein müßte. Verträte man diese Ansicht, dann wäre ein Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Handlungen des unmittelbaren Besitzes nicht möglich. Ein solches Ergebnis liefe aber dem Gesetz gerade zuwider. Wir brauchen beispielsweise nur die §§ 588 und 1048 BGB zu betrachten. Diese bestätigen die Richtigkeit der hier vertretenen Meinung. Wenn nämlich der Pächter eines Grundstückes das Inventar zum Schätzungswerte übernimmt mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung der Pacht zum Schätzungswerte zurückzugewähren (§ 587 BGB.), dann hat er das Inventar gemäß § 588

nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft in dem Zustand zu erhalten, in dem es ihm übergeben wird. Im Laufe der Pachtzeit werden naturgemäß Inventarstücke unbrauchbar, oder sie gehen verloren. Dann muß der Pächter neue Stücke anschaffen. Diese werden gemäß § 588 Abs. 2, S. 2 BGB. mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Verpächters. Dieser Eigentumsübergang tritt kraft Gesetzes ein. Der Grundstückpächter wird auch bezüglich dieser Stücke nur Pächter, obwohl er sie selbst angeschafft hat. An den so angeschafften Stücken, die er vorher vielleicht nie gesehen, geschweige denn besessen hat, erlangt die der Verpächter des Grundstückes nach § 868 durch die Handlung des Pächters mittelbaren Besitz. Das Gleiche gilt gemäß § 1048 BGB. für den Nießbraucher. Ebenso ist es in den Fällen der §§ 1381 und 1646 BGB. Es ist also nicht erforderlich, daß die im § 868 genannten Besitzmittler den unmittelbaren Besitz von den mittelbaren Besitzern erhalten haben. Man kann gemäß § 868 mit Hilfe der Tätigkeit eines anderen eine Besitzerstelle nicht nur festhalten, sondern auch gewinnen.[1]

Häufiger wird es allerdings im Leben vorkommen, daß jemand, der eine Sache schon im Besitze hat, diese vermietet oder verpfändet, dadurch den Mieter oder Pfandgläubiger zum unmittelbaren Besitzer macht und selbst zum mittelbaren Besitzer wird. Miete, Pfandvertrag, werden so im Rahmen des § 868 BGB. mehr der Besitzerhaltung als dem Besitzerwerb dienen.

Wie sind nun die „ähnlichen Verhältnisse" zu bestimmen, die nach § 868 als Besitzmittlungsverhältnisse dienen sollen, und welche Merkmale haben sie mit den im Gesetz ausdrücklich genannten Beispielen gemeinsam? Das BGB. hat im § 868 die Merkmale des ähnlichen Verhältnisses nicht scharf umrissen, sondern gibt nur allgemein lautende Anhaltspunkte, die aber eine Begriffsbestimmung ermöglichen.

---

[1]) Vergl. RGR. Komm. zu § 868 S. 22

Bruns [1] meint, daß der Begriff des ähnlichen Verhältnisses in einer Abhandlung, die dem Besitzerwerb durch dritte Personen zum Gegenstand hat, nicht erläutert zu werden brauche. M. E. spielt aber dieser Begriff in § 868 eine nicht geringere Rolle als der entsprechende Wille im § 858; und im § 858 hat Bruns über das ähnliche Verhältnis eine sehr eingehende Untersuchung angestellt. Der gleichen Ansicht wie der hier vertretenen sind auch Fuchs [2], Schindler [3] und Nassauer [5].

Das „ähnliche Verhältnis" muß zunächst ein Rechtsverhältnis sein, wenn es den ausdrücklich genannten Verhältnissen ähnlich sein soll. Notwendig ist ferner, daß der mittelbare Besitzer aus dem Rechtsverhältnis einen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den unmittelbaren Besitzer erlangt bezw. hat. Jedoch kann nicht jeder Herausgabeanspruch die Grundlage eines Besitzmittlungsverhältnisses bilden. Ungeeignet sind hier zunächst die obligatorischen Veräußerungsgeschäfte, z. B. Kauf und Tausch, weil durch sie niemand auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet wird. Nach Kreß [5] deswegen, weil nur solche Rechtsverhältnisse in Frage kommen, bei deren Begründung nach ihrem typischen Inhalt der mittelbare Besitzer seine Eigentumsposition nicht verschlechtert. Die Argumentation von Kreß ist nicht glücklich. Der eigentliche Grund für die Ablehnung von Kauf und Tausch ist vielmehr im Relativsatz des § 868 zu suchen. Der Relativsatz bezieht sich auf sämtliche Besitzmittlungsverhältnisse, also auf das „ähnliche Verhältnis" und auf die ausdrücklich im Gesetz bezeichneten Verhältnisse. [6] Schindler hält diese

---

1) a. a. O. S. 162
2) a. a. O. § 9
3) a. a. O. S. 33 f.
4) a. a O. S. 31 f.
5) a. a O. S. 198
6) ebenso Schindler S. 33 und die dort zitierten; **RGR. Komm.** § 868, 2 **Gotthilf** S. 40 f.

Entscheidung aus grammatikalen Gründen für richtig, weil die Ausdrucksweise des Gesetzes sonst mißverständlich sei. Wenn nämlich der Relativsatz sich nur auf das „ähnliche Verhältnis“ hätte beziehen sollen, dann wäre die Fassung „oder ein sonstiges Verhältnis“ gewählt worden.

Alle Besitzmittlungsverhältnisse müssen mithin den unmittelbaren Besitzer auf Zeit zum Besitz berechtigen oder verpflichten, und im übrigen müssen sie den im § 868 ausdrücklich aufgeführten Rechtsverhältnissen ähnlich sein. 1*

Aus dem gleichen Grunde ist auch der Eigentumsanspruch des § 985 BGB. ungeeignet, ebenso der Anspruch des Bestohlenen aus den §§ 823. 249 BGB. auf Rückgabe der gestohlenen Sachen. 2* Mittelbarer Besitzer ist ferner nicht derjenige, welcher nur einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereichung oder Geschäftsführung ohne Auftrag auf Herausgabe der Sache hat. Denn in diesen Fällen ist der augenblickliche Besitzer, gegen den sich der Anspruch richtet, auf Zeit zum Besitz weder berechtigt noch verpflichtet. Und das ist nicht der einzige Grund dagegen, die Rechtsverhältnisse, aus denen diese Ansprüche entspringen, als Besitzmittlungsverhältnisse zu charakterisieren. Es fehlt ihnen nämlich noch die Aehnlichkeit mit den in § 868 angeführten Rechtsverhältnissen. Eine anders lautende Entscheidung, die in den bisher genannten Fällen Besitzmittlungsverhältnisse annähme, kann deshalb nicht richtig sein, weil dann der Begriff des ähnlichen Verhältnisses eine viel zu geringe Begrenzung erführe. 3* Eine so weit gehende, uferlose Auslegung würde sich mit dem Sinne des § 868 nicht vereinbaren lassen. 4*

---

[1]) Vergl. auch Nassauer, S. 30
[2]) Vergl. Wolff § 8 Anmerk. 1
[3]) Anderer Ansicht: Rohde S. 21 ff.
[4]) Ebenso Kreß S. 192

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß die „ähnlichen Verhältnisse“ Rechtsverhältnisse sein müssen und daß ihnen ebenso wie auch den ausdrücklich bezeichneten Besitzmittlungsverhältnissen, ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler zu Grunde liegen muß [1], ferner daß der unmittelbare Besitzer auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.

Welche Merkmale sind außerdem den ähnlichen und den sonstigen Besitzmittlungsverhältnissen gemeinsam?

In der Wissenschaft sind verschiedene Versuche gemacht worden, um die Merkmale der Aehnlichkeit zu finden.

Endemann hat seine frühere Ansicht, daß der Besitzmittler den Besitz vom mittelbaren Besitzer erhalten haben müsse, aufgegeben. [2] Nach dieser ursprünglichen Ansicht Endemanns wäre ein Besitzerwerb durch dritte Personen auf Grund des § 868 nicht möglich gewesen. Es ist aber bereits oben S. 42 ff. dargelegt worden, daß § 868 nicht nur der Besitzerhaltung sondern auch dem Besitzerwerb dient.

Nach Strohal [3] soll die Sache dem unmittelbaren Besitzer vom mittelbaren Besitzer „anvertraut“ sein. M. E. besteht zwischen der Lehre Strohals und der Endemanns kein sachlicher Unterschied. Beide Begriffe, „anvertraut“ und „übergeben“, bedeuten, daß die Sache vom mittelbaren Besitzer herkommen müsse. Gegen Strohal lassen sich deshalb dieselben Einwendungen erheben wie gegen Endemann.

Der gleichen Ansicht wie Strohal ist auch Gotthilf. [4] Dieser meint, Strohal habe sagen wollen, der unmittelbare Besitz müsse dem unmittelbaren Besitzer

[1] Richtig Wolff § 8 I; a. A., jedoch zu unrecht. Schindler S. 34
[2] a. a. O 2 § 32 Anmerk. 13
[3] a. a. O. S. 22
[4] a. a. O. S. 51 ff.

nicht anvertraut „sein"; sondern er müsse den unmittelbaren Besitz als ihm anvertraut „behandeln". Den Besitz als anvertraut behandeln, heiße aber als anvertraut ansehen. — Damit bleibt jedoch von der ursprünglichen Ansicht Strohals nichts mehr übrig.

Ebenso wie Gotthilf will Schindler 1* mit Isay 2* der Lehre Strohals einen anderen als den hier festgestellten Sinn unterstellen. Er findet bei Strohal nur einen Widerspruch und meint, daß nach Strohal der Mittler den Besitz als einen ihm vom mittelbaren Besitzer anvertrauten ansehen müsse. Diese Ausführungen Schindlers und Gotthilfs sind sachlich unbegründet und daher abzulehnen.

Leonhard 3* will das wesentliche Merkmal der Aehnlichkeit darin erblicken, daß der Besitzmittler den Besitz aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erworben habe. Der mittelbare Besitzer müsse also stets ein Vermögensopfer bringen. Dieses Opfer besteht in der Ueberlassung des unmittelbaren Besitzes zur Miete, Verwahrung, Nießbrauch usw. Schindler 4* und Nassauer 5* sehen diese Theorie als die einzig richtige an. Es soll hier auch der Beweisführung Schindlers bezüglich des Umstandes, daß immer ein Vermögensopfer des mittelbaren Besitzers vorhanden sei 6*, nicht widersprochen werden. Es gibt jedoch eine Lehre, die das Wesen der Aehnlichkeit der Besitzmittlungsverhältnisse noch deutlicher erklärt, und die darum auch hier vertreten wird. Das ist die Lehre Plancks 7* Biermanns 8* und Wolffs 9*. Auch die

[1]) a. a. O. S. 35
[2]) a. a. O. S. 274
[3]) a. a. O. S. 61
[4]) a. a. O. S. 37 ff.
[5]) a. a. O. S. 31 ff.
[6]) a. a. O. S. 38
[7]) zu § 868
[8]) Band III zu § 868
[9]) § 8, I, 1 a.

Praxis des Reichsgerichts steht auf dem Boden dieser Lehre. [1]

Hiernach muß der Besitzmittler seinen unmittelbaren Besitz, sein Recht oder seine Verpflichtung zum Besitz vom mittelbaren Besitzer „ableiten". Für die Richtigkeit dieser Lehre, allein schon in der Wahl des Ausdrucks, spricht der Wortlaut des Gesetzes an mehreren Stellen. So sprechen die §§ 941, 986, 991 BGB. davon, daß der Besitzmittler sein Recht zum Besitze von dem mittelbaren Besitzer „ableite". Kreß [2] meint, daß dieser Beweis sehr formaler Natur sei. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß dies nicht der einzige Beweis ist, den die Vertreter dieser Lehre für ihre Ansicht erbringen, sondern nur ein, allerdings wertvoller, Beitrag hierzu. Als „abgeleitet" ist nicht nur der Besitz anzusehen, der von dem mittelbaren Besitzer erlangt ist. Der Ausdruck ist nicht unter dem Aspekt der zeitlichen Aufeinanderfolge zu betrachten; er ist nicht so aufzufassen, als müsse der jetzige mittelbare Besitzer früher selbst den unmittelbaren Besitz an der Sache gehabt haben. Auch was im Rahmen des § 868 neu erworben wird, ist „abgeleitet", denn der Besitzmittler muß nur das Recht zum Besitz von mittelbaren Besitzer ableiten, nicht den Besitz selbst.

Das weitere wesentliche Moment des „ähnlichen Verhältnisses" in § 868 ist also in der Besitzrechtsableitung gefunden. Sind dieses und die im Relativsatz des § 868 erforderten Merkmale in einem Tatbestand vorhanden, dann haben wir es mit einem „ähnlichen Besitzmittlungsverhältnisses zu tun. Als solches ist — ohne daß hier der Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird — anzuerkennen: [3] Auftrag, Werkvertrag, Frachtvertrag, Leihe, Spedition, Lagergeschäft, Testamentsvollstreckung, Ehe, elterliche Gewalt, Vormundschaft.

---

[1]) RGZ. Band 39 S. 175, Bd. 49 S. 73
[2]) In der Anmerkung 573 S. 194
[3]) Vergl. Wolff § 8, I 1 c und die dort zitierten; Hoos S. 39 ff., Nassauer S. 33ff., Trendelenburg S. 41 ff.

Zu beachten ist, daß die soziale Stellung der an einem dieser Rechtsverhältnisse beteiligten Besitzmittler gegenüber dem mittelbaren Besitzer bezüglich der Sache, deren Besitz vermittelt werden soll, niemals derart sein darf, daß man die Mittler unter die Personengruppen des § 855 BGB. zählen kann. Besitzmittler hinsichtlich einer Sache kann nur der sein, der dem Oberbesitzer gegenüber sozial so unabhängig ist, daß er bezüglich der gleichen Sache nicht als Besitzdiener angesprochen werden muß.

Der Auftrag als ähnliches Verhältnis des § 868 bedarf hier noch einer Erörterung.

Przibilla 1* fordert für einen Erwerb des mittelbaren Besitzes durch einen Beauftragten, daß dieser offen als Beauftragter handele. Wohin diese Forderung führt, zeigt ihre Verwirklichung im Falle eines einseitigen Besitzerwerbs, und da besonders bei der Inbesitznahme herrenloser Sachen.

Hier ist ein Dritter, demgegenüber die Erklärung, für einen anderen, nämlich den (künftigen) mittelbaren Besitzer, handeln zu wollen, abgegeben werden könnte, nicht vorhanden. Das Beispiel Przibillas macht dies klar: Ein Fischer holt im Auftrag eines Badegastes eine Muschel aus dem Meere oder fängt für den Wirt des Kurhotels eine Menge Fische. Weil bei dem Fischfang bezw. bei dem Muschelsuchen niemand zugegen ist, dem der Fischer sagen könnte, daß er für den Badegast oder den Wirt handele, soll eine unmittelbare Wirkung für die Auftraggeber ausgeschlossen sein. Der Fischer wird nach Przibilla alleiniger Besitzer, und es besteht gegen ihn lediglich ein obligatorischer Herausgabeanspruch.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Der Mittler braucht nicht ausdrücklich oder wenigstens erkennbar im fremden Namen zu handeln oder sein Verhältnis zum Auftraggeber nach außen hin zu offen-

---

[1]) In Iher. Jahrb. Band 50, S. 342

baren. Eine Stellvertretung und das Offenheitsprinzip des § 164 BGB. ist nur möglich und notwendig bei Rechtsgeschäften. Der einseitige Besitzerwerb, um den es sich in Przibillas Beispiel handelt, ist aber kein Rechtsgeschäft. 1* In dem Beispiel erwerben Wirt bezw. Badegast in dem Augenblick den mittelbaren Besitz, in welchem der Fischer unmittelbarer Besitzer wird. Hier ist also nur das Innen-(Auftrags-)Verhältnis zwischen Fischer und Auftraggebern maßgebend. 2*

Ein Besitzerwerbswille des Auftraggebers ist erforderlich. 3* Dessen Vorhandensein ist schon aus der Erteilung des Auftrags zu erkennen. Der Auftrag selbst braucht kein spezieller zu sein: ein genereller Auftrag genügt.

Andererseits darf aber der zum Mittler Ausersehene nicht zu erkennen geben oder, bei zweiseitigem Besitzerwerb, ausdrücklich sagen, daß er für sich selbst, bezw. im eigenen Namen, handele. Tut er dies dennoch, dann erwirbt er lediglich für sich selbst Besitz und macht den anderen nicht zum mittelbaren Besitzer. Hier ist Planck 4* beizupflichten. Planck sagt nämlich, daß es sich hierbei um eine Sache handele, die (wie beim Kauf) n o c h n i c h t dem Vermögen des Auftraggebers angehört, sondern die sich vielmehr erst auf dem Wege dorthin befindet. Es sei nicht notwendig, dem Auftraggeber an einer solchen Sache Besitz zuzusprechen, „gleichsam als würfen kommende Ereignisse ihren Schatten schon weit voraus!" In diesem Falle kann der andere erst dann und dadurch den mittelbaren Besitz erlangen, daß der Mittler nachträglich durch eine weitere Handlung zu erkennen gibt, er wolle nunmehr den Besitz als Beauftragter ausüben. 5* Ein äußerlich nicht hervorgetretener, bloß innerlicher Wille

---

1) Ebenso Bruns S. 79
2) Ebenso Isay S. 351
3) Vergl. Bruns S. 164
4) Zu § 868 S. 85
5) Vergl. RGZ. Band 91, S. 209

des Beauftragten, den Auftraggeber später zum mittelbaren Besitzer zu machen, kann aber den beabsichtigten Erfolg nicht herbeiführen. [1]

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag ist Genehmigung erforderlich, wenn eine Fremdwirkung eintreten soll. Es ist hier nur fraglich, ob eine Rückwirkung eintritt, d. h. ob man trotz erst später erfolgender Genehmigung mittelbarer Besitzer schon in dem Augenblick geworden ist, in welchem der Geschäftsführer ohne Auftrag selbst den unmittelbaren Besitz erlangt hat. Man könnte sagen, daß beim mittelbaren Besitz die Natur des Besitzes als tatsächliche Herrschaft nicht so sehr hervortrete und daß man daher die Rückwirkung eintreten lassen könne. Die Rückwirkung würde aber mit dem Wesen des mittelbaren Besitzes als einer auf tatsächlicher Beziehung zur Sache beruhenden Herrschaft im Widerspruche stehen. Ich halte daher eine Rückwirkung nicht für richtig. [2]

Bemerkenswert ist die Ansicht Foertschs [3] über gesetzliche Besitzmittlungsverhältnisse. Nach diesem sind Vormund, Vorstand einer juristischen Person und alle gesetzlichen Vertreter weder Besitzdiener noch unmittelbare Besitzer gemäß § 868. „Sie betätigen vielmehr den Besitz der vertretenen Personen, welche Alleinbesitzer sind." Förtschs Ausführungen sind zwar zu § 855 gemacht, jedoch ist ihre Erwähnung an dieser Stelle nicht unangebracht. — Foertsch sagt dann weiter: „Wenn gesetzliche Vertreter für die von ihnen vertretene Person die tatsächliche Gewalt ausüben, so ist nur die vertretene Person Besitzer."

Nach der herrschenden Ansicht ist dagegen der gesetzliche Vertreter unmittelbarer Besitzer und die vertretene Person mittelbarer Besitzer. Diese Ansicht muß man als die einzig richtige anerkennen, wenn man

---

1) Ebenso RGZ. Band 86, S. 264
2) Ebenso Przibilla S. 271 und Wolff § 13, II
3) In Gruch. Beitr. Band 43 S. 545

erwägt, welche Macht den einzelnen Beteiligten vom Gesetze zugewiesen ist.

Auf die von Foertsch aufgestellte Meinung näher einzugehen, dürfte nicht notwendig sein, da sie vollkommen vereinzelt geblieben ist.

Auch die vorgenannten gesetzlichen Vertreter fallen unter § 868 BGB. und können daher den mittelbaren Besitz für die von ihnen vertretenen Personen erwerben.

Die obigen Untersuchungen lassen sich bis jetzt wie folgt zusammenfassen:

Mittelbaren Besitz erwirbt man gemäß § 868 BGB. dann, wenn ein anderer den Besitz der Sache erwirbt, welcher hinsichtlich der Sache dem Prinzipal gegenüber die Stellung eines Nießbrauchers, Pfandgläubigers usw. inne hat oder zu ihm in einem ähnlichen Verhältnisse steht, vermöge dessen er ihm gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.

Dabei war bisher vorausgesetzt, daß das Besitzmittlungsverhältnis rechtsgültig ist. Wie steht es aber, wenn das Rechtsverhältnis des § 868 nichtig ist? Ist auch dann eine Fremdwirkung möglich?

In der Wissenschaft ist die Frage bestritten. Biermann 1*, Planck 2*, Fuchs 3* und Gotthilf 4* halten die Gültigkeit des Besitzmittlungsverhältnisses für nicht erforderlich. Bruns 5*, Schindler 6* und Kreß 7* sind der entgegengesetzten Ansicht; ebenso die Praxis des Reichsgerichts. 8*

Zweckmäßig wird man hier von dem Gesetzestext ausgehen müssen. Der § 868 sagt nicht, daß der Be-

---

1) Zu § 868
2) Zu § 868
3) a. a. O § 9
4) a. a. O. S. 54
5) a. a. O S. 159
6) a a O. S. 35
7) a. a. O. S. 200
8) RGZ Band 105, S. 414

sitzmittler zum mittelbaren Besitzer in einem Nießbrauch-, Miet-, Pacht-Verhältnis usw. stehen muß, daß also ein dementsprechender Vertrag zwischen ihnen abgeschlossen sein muß, sondern: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher usw." Das Gesetz fordert demnach nicht, daß der Besitzmittler Nießbraucher usw. ist. 1* Deshalb ist es nicht notwendig, daß das Besitzmittlungsverhältnis rechtsgültig ist. Vielmehr ist zum Erwerb des mittelbaren Besitzes ein solches Verhältnis als ausreichend zu erachten, das bei Gültigkeit dem § 868 entspräche, und der Besitzerwerb auf Grund dieses Verhältnisses.

Als Nießbraucher, Pächter usw. kann der Mittler aber nur dann besitzen, bezw. den mittelbaren Besitz dem Vertretenen erwerben, wenn er einen dahingehenden Willen hat. Er muß nur auf Zeit besitzen wollen und wissen, daß er nach Ablauf der Zeit die Sache dem mittelbaren Besitzer herausgeben müsse. Der unmittelbare Besitzer muß somit während der Zeit seines Besitzes den mittelbaren Besitz des andern anerkennen.

Das Vorhandensein des Mittlerwillens ist zu vermuten, wenn der Mittler entsprechend den Vereinbarungen, die er mit dem Prinzipal getroffen hat, die Sache in Besitz nimmt.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht wird durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bestätigt. Denn in der zweiten Kommission 2* wurde hervorgehoben, daß ein objektives obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller nicht notwendig sei, sondern das es genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen. Das Bedenken, daß man ohne gültiges Besitzmittlungsverhältnis lediglich auf den Willen des Besitzmittlers angewiesen sei, daß deshalb nie Klarheit herrschen könne und die Verkehrssicherheit darunter leiden müsse

---

[1] Ebenso Wolff § 8 2

[2] Siehe Protokolle IV, S. 596, 608

[1], wird m. E. hinfällig, sobald der Pächter, Unternehmer usw. den Willen, **als** solcher zu besitzen, für den Verkehr erkennbar macht; und hierfür genügt schon das auftragsgemäße Handeln.

Auch bei nichtigem Besitzmittlungsverhältnis ist daher ein Erwerb des mittelbaren Besitzes möglich, wenn dieses Verhältnis bei Gültigkeit dem § 868 BGB. entsprechen würde.

Aus den vorstehenden Untersuchungen folgt, daß man durch dritte Personen mittelbaren Besitz an Sachen erwerben kann, an welchen diese den unmittelbaren Besitz als Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. oder in einem sonstigen unter § 868 fallenden Besitzmittlungsverhältnisse erlangen.

§ 8.

Besitzerwerb durch dritte Personen auf Grund des § 854 Abs. 2 BGB.

Die §§ 855 und 868 BGB. sind die wichtigsten Bestimmungen für einen Besitzerwerb durch dritte Personen; es gibt aber auch noch andere Wege für einen derartigen Besitzerwerb. Im folgenden soll die Möglichkeit eines Besitzerwerbs durch dritte Personen gemäß § 854 Abs. 2 BGB. untersucht werden. [2]

Im § 3 ist bereits dargelegt worden, daß für den Besitzerwerb gemäß § 854 Abs. 2 die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zum Erwerbe genügt, wenn der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Diese Einigung besteht aus zwei Willensäußerungen: der des Veräußerers, daß er den Besitz auf den Erwerber übergehen lassen wolle, und der des Erwerbers, daß er den Besitz an der Sache erwerben wolle. Voraussetzung eines solchen Besitzerwerbs ist, daß der Er-

[1] Vergl. RGR.-Komm. zu § 868.
[2] Vergl. hierzu die Ausführungen unter § 5 S.

werber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben.

Es ist oben S. 19 bereits versucht worden, den Begriff der tatsächlichen Gewalt zu erörtern. Der Erwerber muß nun gemäß § 854 Abs. 2 in der Lage sein, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben.

Die rechtliche Natur der dann zum Besitzerwerb genügenden Einigung, die von Martin Wolff 1* „schlichte" Einigung genannt wird, ist umstritten.

Ein großer Teil des Schrifttums hält die schlichte Einigung des § 854 Abs. 2 für einen Vertrag. 2* Diese Ansicht kann hier aus folgenden Gründen nicht vertreten werden. Bei derivativem Besitzerwerb, der allein im Falle des § 854 Abs. 2 in Frage kommt, tritt die Einigung so sehr in den Vordergrund, daß ihr Vorhandensein ausnahmsweise im Gegensatz zu dem Grundsatz des § 854 Abs. 1 für den Besitzerwerb genügt, wenn der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Vergleicht man hiermit die Erfordernisse des derivativen Besitzerwerbs gemäß der grundsätzlichen Bestimmung des § 854 Abs. 1, nämlich Uebergabe der Sache seitens des Besitzers an den Besitzerwerber und die auf den Besitzübergang gerichtete Willenseinigung beider, so wird es klar, daß die Bestimmung des § 854 Abs. 2, die bei schon vorhandener Herrschaftsmöglichkeit für den Besitzerwerb nur noch die Willenseinigung verlangt, gegenüber § 854 Abs. 1 nur eine Erleichterung bedeuten kann. Bruns 3* bemerkt hierzu ganz richtig, daß der Unterschied zwischen den Fällen des § 854 Abs. 1 und § 854 Abs. 2 nur ein quantitativer, nicht ein qualitativer sei. Dies wird auch von den oben in Anmerkung 1 angeführten

---

[1]) a. a. O. § 11

[2]) Wolff § 11, II, Planck 3a zu § 854, Nassauer S. 36, Fuchs § 14, Draganesko S. 72

[3]) a. a. O. S. 92 Anmerk. 3

Schriftstellern erkannt. Läßt man aber, der allgemeinen Ansicht der Schriftsteller folgend, die bei dem Besitzerwerb einen Erwerbswillen für erforderlich erachten, im Falle des Besitzerwerbs gemäß § 854 Abs. 1 hierfür einen natürlichen, nicht juristisch qualifizierten Willen genügen 1*, ist also die auf den Besitzerwerb gemäß § 854 Abs. 1 gerichtete Willensäußerung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung und die Besitzübertragung gemäß § 854 Abs. 1 kein Vertrag, dann kann die schlichte Einigung des § 854 Abs. 2, der doch gegenüber § 854 Abs. 1 eine Erleichterung darstellt, auch kein Vertrag sein. Denn die Willensübereinstimmung im § 854 Abs. 1 ist genau die gleiche wie die im § 854 Abs. 2. Daher genügt auch für den Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 ein natürlicher Wille. Die auf die Einigung des § 854 Abs. 2 gerichtete Willenserklärung des Besitzerwerbers ist keine solche im technischen Sinne.

Diese Feststellungen sind wichtig für die nun folgende Untersuchung über den Besitzerwerb durch dritte Personen auf Grund des § 854 Abs. 2.

Wäre nämlich die schlichte Einigung ein Vertrag und die hierauf gerichtete Erklärung des Erwerbers eine rechtsgeschäftliche, dann wäre ein Dritter, der diese Einigung für den Erwerber erklärt, Stellvertreter im Sinne der §§ 164 ff. BGB. Nach diesen Vorschriften ist Stellvertreter der, welcher eine Willenserklärung, deren Wirkung einen anderen treffen soll,für diesen (den Vertretenen) abgibt oder empfängt. 2*

Die §§ 164 ff. BGB. regeln nur die rechtsgeschäftliche Vertretung, die eigentliche Stellvertretung, und zwar die unmittelbare. Für den Besitzerwerb durch eine dritte Person auf Grund des § 854 Abs. 2 gälte dann gemäß § 164 BGB. das Offenheitsprinzip.

---

[1]) Vergl. oben S.

[2]) Vergl. Enneccerus § 166, I

Der Dritte müßte also bei der Einigungserklärung das Vertretungsverhältnis offenbaren, d. h. er müßte ausdrücklich erklären, daß er im Namen eines anderen handele, oder es müßte sich dies aus den Umständen ergeben.

Eine weitere Folge der Vertragsnatur der schlichten Einigung wäre die Möglichkeit einer Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB. Auch hieraus sieht man, daß die Ansicht von der Vertragsnatur der schlichten Einigung einer genaueren Untersuchung nicht standhält. Denn wenn im Falle des § 854 Abs. 2 die Einigung auch in den Vordergrund tritt, so ist doch zu beachten, daß die Herrschaftsmöglichkeit des Erwerbers, also tatsächliche Umstände, die notwendige Grundlage der Einigungserklärung bildet. Die Natur des Besitzes als auch etwas tatsächlichem, das nicht allein auf dem Willen der Beteiligten sondern auch auf äußeren Umständen beruht, ist auch im Falle eines Besitzerwerbes nach § 854 Abs. 2 BGB. gewahrt. Deshalb ist eine Anfechtung dieses Besitzerwerbs gemäß den §§ 119, 123 BGB. nicht möglich. Denn die §§ 119, 123 geben den sich Irrenden bezw. Bedrohten nur das Recht, eine Willenserklärung (im technischen Sinne!) anzufechten.

Vollends klar wird die Unhaltbarkeit der herrschenden Ansicht von der Vertragsnatur der schlichten Einigung bei einem Beispiel Theissings.[1]

Dieser geht richtig davon aus, daß wir bei § 854 Abs. 1 BGB. Hergabe und Hinnahme der Sache plus Konsens haben, bei § 854 Abs. 2 BGB. dagegen nur den Konsens. Der Konsens in § 854 Abs. 2 sei derselbe wie in § 854 Abs. 1. Häufig gingen aber die Fälle der Besitzübertragung nach § 854 Abs. 1 und § 854 Abs. 2 ineinander über. Befänden sich beispielsweise die Parteien bei der zu tradierenden

¹) a. a. O. § 7

Sache ohne dieselbe körperlich zu berühren, dann sähe die herrschende Meinung in der Besitzübertragung, die hierbei nach § 854 Abs. 2 erfolgte, ein Rechtsgeschäft. Berührten dagegen die Parteien die Sache, dann erfolge die Besitzübertragung nach § 854 Abs. 1, und es läge nicht ein Rechtsgeschäft sondern eine Rechtshandlung vor.

An diesem praktischen Falle sieht man, zu welchen Willkürlichkeiten die Ansicht von der Vertragsnatur der schlichten Einigung führt. Denn wäre die Einigungserklärung des § 854 Abs. 2 ein Rechtsgeschäft, dann müßte der Erwerber für ihre Abgabe voll geschäftsfähig oder mindestens beschränkt sein. Es ist aber durch nichts gerechtfertigt, im Falle des § 854 Abs. 2, der gegenüber § 854 Abs. 1 eine Erleichterung darstellt, an die Person des Erwerbers strengere Anforderungen zu stellen als im Falle des § 854 Abs. 1 BGB.

Die Einigung gemäß § 854 Abs. 2 ist daher nicht als Rechtsgeschäft sondern, da sie eine mit rechtlichen Folgen verknüpfte Willensbetätigung ist, als Rechtshandlung anzusehen.

Eine Notwendigkeit, die schlichte Einigung als „eine Art Vertrag" 1* anzusehen und auf sie die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte anzuwenden, besteht m. E. nicht.

Hiernach ist ein Dritter, der die Einigungserklärung gemäß § 854 Abs. 2 für einen anderen abgibt, nicht Stellvertreter im Sinne der §§ 164 ff. BGB. Diese Vorschriften finden auch keine analoge Anwendung. Der Dritte braucht daher keinen rechtsgeschäftlichen sondern nur einen natürlichen Willen — wie jeder Besitzerwerber — zu besitzen.

Voraussetzung des Besitzerwerbs durch dritte Personen gemäß § 854 Abs. 2 ist ferner, daß der Dritte

---

[1] Vergl. Bruns S 92

für den anderen, an dessen Stelle, die Einigungserklärung abgibt.

Offenheit ist hierbei — wie schon im gemeinen Recht — 1* nicht erforderlich. Wenn der Dritte die Erklärung nicht im Namen der Vertretenen abgibt, was jedoch meistens der Fall sein wird, dann kann man auf seinen Willen, nur Vertreter zu sein, auch aus der Art oder den Umständen der Handlung schließen. Maßgebend für die Entscheidung von Zweifelsfällen wird stets das Kausalverhältnis des Vertreters zu dem Vertretenen sein.

Durch die Einigungserklärung wird der Besitzübergang bewirkt. Der Uebertragende verliert hierdurch seinen bisherigen Besitz an der Sache. Der Besitz geht gleichzeitig auf den Vertretenen über, wenn dieser gemäß § 854 Abs. 2 zur Zeit der Einigung in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Der Vertretene muß aber auch den Willen haben, Besitz an der Sache zu erwerben. Der Erwerbswille braucht nicht spezifiziert zu sein; ein genereller Erwerbswille genügt. Daß der Vertretene über den Zeitpunkt des Besitzerwerbs unterrichtet ist, ist ebenfalls nicht notwendig. Der Erwerbswille geht bereits aus der Vollmachtserteilung zum Abschluß der Einigung hervor. Er braucht nicht dem Veräußerer mitgeteilt zu werden.

Bezüglich der Notwendigkeit des Vorhandenseins des Besitzerwerbswillens auf seiten des Vertretenen geht Bruns einen eigentümlichen Weg. Er ist zunächst 2* der gleichen Ansicht wie der hier Vertretenen, kommt aber dann auf einem anderen Wege zur Annahme des Gegenteils. Denn obwohl er vorher von dem Vertretenen einen Besitzerwerbswillen verlangt, sagt er im § 8 seiner Abhandlung bei der

---

[1] Vergl. die Theorie Bremers und von Savignys S.

[2]) a. a. O. S. 94

Untersuchung über die Möglichkeit von „Verträgen zugunsten Dritter im Besitzrecht" 1*, daß jemand, in dessen Person die Gewaltausübungsmöglichkeit besteht, den unmittelbaren Besitz ausnahmsweise ohne seinen Willen auf Grund der zwischen zwei anderen Personen geschlossenen Einigung erwerben könne. Der § 854 Abs. 2 BGB. verlange ausdrücklich nur rein objektiv, daß der Erwerber in der Lage sei, die tatsächliche Gewalt auszuüben, nicht aber, daß er wirklich die Gewalt ausübe. In einer solchen Lage sein, könne man auch ohne eigenes Wissen und Wollen.

Hiernach soll eine schlichte Einigung auch zugunsten eines Dritten, der hiervon weder etwas weiß noch will, mit der Wirkung der Begründung unmittelbaren Besitzes beim Dritten geschlossen werden können.

Diese Ansicht ist abzulehnen.

Die schlichte Einigung als Vertrag zugunsten Dritter abzuschließen, wäre nach der hier vertretenen Auffassung schon deshalb nicht möglich, weil die Einigung des § 854 Abs. 2 hier nicht als Vertrag angesehen werden kann. Die schlichte Einigung kann aber auch nicht analog einem Vertrage zugunsten Dritter behandelt werden. Das würde dem Wesen des Besitzes widersprechen. Grundsätzlich gehört zum Besitzerwerb ein Erwerbswille und nur ausnahmsweise wird der Besitz auch ohne Willen erworben. Dies ist der Fall in den §§ 857 und 911 BGB. Diese vom Gesetz gemachten Ausnahmen können nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht beliebig vermehrt werden. Es muß daher derjenige, der den Besitz gemäß § 854 Abs. 2 BGB. durch dritte Personen erwerben will, einen Erwerbswillen haben. Wohin die entgegengesetzte Ansicht führt, zeigt folgendes Beispiel:

A. schließt mit B. die schlichte Einigung zugun-

[1]) Bruns S. 122 f.

sten des C. ab und macht dadurch — nach Bruns Ansicht [1] — C., der die bloße Herrschaftsmöglichkeit, nicht aber den Erwerbswillen hat, zum Eigenbesitzer eines Hausgrundstückes im Werte von RM. 10 000.—. Ueber einen Teil des Grundstücks findet ein lebhafter Fußgängerverkehr statt. Infolge Nichtstreuens bei Glätte im Winter stürzt ein Fußgänger und verletzt sich schwer. Der Schaden beträgt RM. 50 000.—. C., der von der Existenz des Grundstücks keine Ahnung hat, es garnicht haben wollte, der weder von dem sonderbaren Besitzerwerb noch von dem Unfalle etwas weiß, haftet nach Bruns für den Schaden!

Daß C. nun in analoger Anwendung des § 333 BGB., nachdem er von allem erfahren hat, den Besitzerwerb zurückweist mit dem Erfolg, daß der Besitz nicht als von ihm erworben gilt, ist bei der Natur des Besitzes als eines tatsächlichen Verhältnisses nicht möglich. Tatsachen kann man nicht ungeschehen machen.

Als weiteres Argument gegen die Ansicht Bruns ließe sich anführen, daß ein Dritter nicht gegen seinen Willen beschwert werden darf, wie aus dem vorgehenden Beispiele ersichtlich ist.

Als Vertrag zugunsten eines Dritten oder analog einem solchen kann also die schlichte Einigung nicht abgeschlossen werden. Wenn der Besitz durch eine dritte Person erworben werden soll, der muß, wenn der beabsichtigte Erfolg eintreten soll, einen auf den Besitzerwerb gerichteten Willen haben.

Der Uebertragende muß unmittelbarer Besitzer der Sache sein, der Vertreter darf nicht selbst Besitzer werden, und der Vertretene darf zur Zeit der Einigung nicht den Besitz bereits haben.

Daß der Vertreter bisheriger Besitzer der Sache ist, die schlichte Einigung in Vertretung des Erwerbers

---

1) a. a. O. S. 123

mit sich selbst erzielt und auf diese Weise den Besitz gemäß § 854 Abs. 2 auf den Vertretenen übertragen kann, begegnet m. E. dann keinem Bedenken, wenn ihm eine solche Vertretung von dem Vertretenen gestattet ist.

Die schlichte Einigung braucht nicht bei der Sache oder in deren Nähe abgeschlossen zu werden.[1] Im praktischen Leben werden die Parteien oft der durch schlichte Einigung zu übertragenden Sache nicht körperlich nahe sein.

Sind alle in dieser Untersuchung genannten Voraussetzungen erfüllt, dann tritt Fremdwirkung ein. Man kann also gemäß § 854 Abs. 2 durch dritte Personen die schlichte Einigung erklären lassen und auf diese Weise den Besitz an einer Sache erwerben.

Zu beachten ist, daß der Vertreter in seiner Person nicht alle Voraussetzungen des Besitzerwerbs für den Vertretenen erfüllt, da die äußere Voraussetzung, nämlich die Herrschaftsmöglichkeit, bereits bei dem Vertretenen vorhanden sein muß. Wollte man sich also ganz genau ausdrücken, dann dürfte man nicht sagen, es sei ein Besitzerwerb durch dritte Personen auf Grund des § 854 Abs. 2 BGB. möglich. Es müßte vielmehr richtig heißen: bei einem Besitzerwerb auf Grund des § 854 Abs. 2 kann man sich bezüglich der Abgabe der Einigungserklärung auch eines Dritten als Vertreter bedienen.

§ 9.

Besitzerwerb durch dritte Personen auf Grund des § 870 BGB.

Eine weitere Art des Besitzerwerbs durch dritte Personen ergibt sich aus § 870 BGB.

Nach § 870 kann der unmittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der

---

[1]) Vergl. Wolff § 11, II

Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird. Der Uebertragende muß also mittelbarer Besitzer der Sache sein, und der Erwerbende tritt durch Abtretung des Herausgabeanspruchs in dessen Rechtsstellung ein; er wird also selbst mittelbarer Besitzer. Dieser Erfolg wird jedoch nur erzielt, wenn der Uebertragende bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs den Willen hat, seinen mittelbaren Besitz zu übertragen. 1* Der Erwerber muß den Willen haben, den mittelbaren Besitz zu erwerben. Der auf die Erlangung des mittelbaren Besitzes gerichtete Wille des Erwerbers äußert sich aber schon darin, daß er sich den Herausgabeanspruch abtreten läßt. Er braucht daher nicht besonders ausgedrückt zu werden. Die Willenseinigung zwischen Veräußerer und Erwerber über die Veräußerung bezw. den Erwerb ist für den Uebergang des mittelbaren Besitzes erforderlich.

Der Anspruch, welcher in § 870 abgetreten wird, ist der obligatorische Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den unmittelbaren Besitzer aus Miete, Verwahrung oder einem anderen Besitzmittlungsverhältnis. Ist dieser Anspruch bei der Abtretung rechtsgültig, dann tritt die gewollte Uebertragung des mittelbaren Besitzes mit der Abtretung ein.

Die Abtretung des rechtsgültigen obligatorischen Herausgabeanspruchs ist ein Vertrag. Verlangt man Rechtsgültigkeit des Herausgabeanspruchs, dann ist die Abtretung nur unter Beobachtung der für solche Rechtsgeschäfte bestehenden Vorschriften wirksam. Gemäß § 107 BGB. braucht zwar der Erwerber zum wirksamen Abschluß des Abtretungsvertrages nicht vollgeschäftsfähig zu sein, sondern es genügt auch beschränkte Geschäftsfähigkeit; diese muß dann aber mindestens vorhanden sein.

---

[1]) Vergl. Bruns S. 97

Für den Erwerber kann auch ein Dritter den Abtretungsvertrag abschließen. Da es sich bei diesem Vertrage um die Abgabe einer Willenserklärung (im technischen Sinne!) handelt, ist der Dritte Stellvertreter im Sinne der §§ 164 ff. BGB. Er muß also offen handeln (§ 164) und mindestens beschränkt geschäftsfähig sein (§ 165), was für die zur Uebertragung des mittelbaren Besitzes erforderliche Willenseinigung, die keinen juristisch qualifizierten Willen verlangt, nicht notwendig ist.

Wenn daher die Abtretung des § 870 einem rechtsgültigen Herausgabeanspruch zum Gegenstand haben müßte, dann wäre der Besitzerwerb gemäß § 870 in dieser Abhandlung der erste Fall, in dem ein Besitzerwerber, bezw. dessen Vertreter, der mit einem nur natürlichen Willen begabt ist, den Besitz nicht erwerben könnte; da man von ihm mindestens beschränkte Geschäftsfähigkeit verlangt! Bruns 1* und Wolff 2* stellen die Forderung eines rechtsgültigen Herausgabeanspruchs auf, schrecken aber vor einzelnen sich heraus ergebenden Forderungen wie z. B. der Anwendung des Offenheitsprinzips bei der Stellvertretung im Besitzerwerb gemäß § 870 zurück.

Die Entscheidung der Frage, ob § 870 einen rechtsgültigen Herausgabeanspruch verlangt, ist vollkommen von der Behandlung des § 868 BGB. abhängig. Denn § 870, der von einer Art der Uebertragung des mittelbaren Besitzes spricht, fußt auf § 868, da dieser eine Begriffsbestimmung des mittelbaren Besitzes gibt. Wenn ich daher nachzuweisen versucht habe, daß das Besitzmittlungsverhältnis des § 868 nicht rechtsgültig zu sein braucht, dann kann ich für § 870 einen rechtsgültigen Herausgabeanspruch aus diesem Besitzmittlungsverhältnis nicht verlangen. Es ist kein Grund dafür denkbar, dem mittelbaren

---

[1]) a. a. O. S. 98
[2]) a. a. O. § 14 II, 2.

Besitzer, dem man auch ohne rechtsgültiges Besitzmittlungsverhältnis wie z. B. bei nichtiger Miete, Pacht usw. den mittelbaren Besitz zuspricht, die erleichterte Möglichkeit der Besitzübertragung nach § 870 zu verwehren.

Besitzt also jemand z. B. als Mieter, d. h. mit dem Willen, als Mieter zu besitzen und in Anerkennung des Oberbesitzes, ohne daß jedoch ein gültiger Mietsvertrag vorliegt, und ist daher der andere gemäß § 868 BGB. mittelbarer Besitzer, so genügt es für den Uebergang dieses mittelbaren Besitzes nach § 870, daß der Veräußerer seine Stellung als mittelbarer Besitzer dem Erwerber abtritt. Ein rechtsgültiger obligatorischer Herausgabeanspruch kann deshalb m. E. im Falle des § 870 nicht gefordert werden. Daraus folgt, daß eine dritte Person, die den Erwerber bei dem Besitzerwerb gemäß § 870 vertritt, nicht mindestens beschränkt geschäftsfähig sein muß, sondern nur einen natürlichen Willen zu haben braucht. 1*

Gemäß § 870 BGB. kann man daher den mittelbaren Besitz durch dritte Personen erwerben. Hierbei braucht der Herausgabeanspruch des Veräußerers gegen seinen unmittelbaren Besitzer nicht rechtsgültig zu sein.

§ 10.

Besitzerwerb durch dritte Personen gemäß § 857 BGB.

Ein Besitzerwerb durch dritte Personen im Wege des Erbgangs ist nicht möglich. Der Uebergang des Besitzes nach § 857 BGB. tritt mit dem Todesfalle kraft Gesetzes ein. Da der Erbe hierbei keine Handlung vornimmt, auch keine Erklärung abgibt, kann er sich nicht vertreten lassen.

---

[1]) Vergl. hierzu Biermann, Staudinger u Planck zu § 870 BGB

§ 11.
Besitzerwerb durch dritte Personen auf Grund des § 854 Abs. 1 BGB.

Die Behandlung der bisherigen Arten eines Besitzerwerbs durch dritte Personen erfolgte scheinbar, weil nicht nach der Reihenfolge der angezogenen gesetzlichen Bestimmungen im Gesetz geordnet, nicht systematisch. Die bisherige Folge der Untersuchungen ist jedoch mit Absicht so gewählt worden. Sie erschien mit Rücksicht auf Art und Umfang der Behandlung der einzelnen Fragen im vorliegenden Schrifttum und des besseren Verständnisses halber geboten.

Die bisherige Darstellung galt den verschiedenen Arten des Besitzerwerbs durch dritte Personen auf Grund von speziellen Bestimmungen des Besitzrechts, welche Beziehungen besonderer Art zwischen den einzelnen Beteiligten erforderten.

An Hand des folgenden Falles soll gezeigt werden, daß es noch einen Besitzerwerb durch dritte Personen gibt, der keiner der bereits behandelten Bestimmungen des Besitzrechts untergeordnet werden kann:

A. arbeitet in seinem an die Straße angrenzenden Garten. Seit längerer Zeit schon sieht er mitten auf der Straße einen fremden Ball liegen. Um den Ball von dem Ueberfahrenwerden zu schützen und ihn aufzubewahren, bittet A. seinen gerade vorübergehenden Freund B., dem er den Sachverhalt erzählt, den Ball in den Garten hineinzu„schießen". B. kommt dieser Bitte nach.

A. hat durch die Handlung des B. den unmittelbaren Besitz an dem Ball erlangt. Er hatte den Willen, Besitz zu erwerben, und B. hat ihm die tatsächliche Gewalt über den Ball verschafft.

Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung dieses Besitzerwerbs ist eine Einordnung in eine der bisher an-

geführten Untersuchungen nicht möglich. Hierfür kämen nur die §§ 855, 868 BGB. in Frage. Ein Besitzerwerb durch B. als Besitzdiener liegt aber nicht vor. Bei diesem Besitzerwerb fehlt das für eine Anwendung des § 855 notwendige Ueber- und Unterordnungsverhältnis zwischen den beiden Freunden A. und B., das soziale Abhängigkeitsverhältnis. Ferner ist die Beziehung des B. zur Sache zu flüchtig. § 855 setzt eine gewisse Dauer der Beziehung voraus. Der vorübergehende B. kommt jedoch bei dem Schuß kaum für eine Sekunde mit dem Ball in Berührung.

Daß B., der zu A. gewiß in einem Auftragsverhältnis steht, bei dem Schuß für sich selbst den unmittelbaren Besitz an dem Ball, für A. den mittelbaren erwirbt, dann durch das Hineinfliegen des Balles in den Garten den unmittelbaren Besitz verliert, und der mittelbare Besitz des A. sich hierdurch kraft der ihm nach dieser Richtung innewohnenden Tendenz in unmittelbaren Besitz verwandelt, wird niemand behaupten wollen. Es wäre ein Unding, dem B. für die Dauer der Berührung des Balles mit der Fußspitze den unmittelbaren Besitz zuzusprechen. B. selbst wird keinesfalls den Willen haben, für sich den Besitz zu erwerben.

A. hat den Besitz an dem Balle nicht auf Grund der besonderen Bestimmungen der §§ 854 Abs. 2, 855, 868 oder 870 BGB. sondern auf Grund der allgemeinen Bestimmung des § 854 Abs. 1 BGB. erworben.

§ 854 Abs. 1 verlangt für den Besitzerwerb nur die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Gleichgültig ist es, ob die tatsächliche Beziehung zur Sache von dem Erwerbenden selbst oder von einem Dritten für ihn geschaffen wird. Daß A. durch die Handlung des B. in ein solches Verhältnis zum Balle gelangt ist, das als unmittelbarer Besitz angesprochen werden muß, kann nicht zweifelhaft sein. A. muß des-

halb den Besitz durch B. gemäß § 854 Abs. 1 BGB. erlangt haben.

Das Verhältnis des A. zu B. ist, wenn man nicht eine Abmachung des rein gesellschaftlichen Verkehrs annehmen will, bei Unentgeltlichkeit ein Auftragsverhältnis, bei Entgeltlichkeit dagegen ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§ 675 BGB.). Als Geschäftsbesorgung muß die Handlung des B. angesehen werden, weil sie rechtlich bedeutsam ist; 1* sie bewirkt den Besitzerwerb. Die Tätigkeit des B. ist keine bloß mechanische Verrichtung 2* sondern sie führt den Erfolg der Besitzverschaffung herbei und dient deshalb der Erledigung einer Angelegenheit vermögensrechtlicher Natur. 3*

Das Rechtsverhältnis zwischen A. und B. wird gewöhnlich rechtsgültig sein. Dies ist bedeutsam z. B. für den Ersatz von Aufwendungen. Für den Erfolg des Besitzerwerbs ist der rechtliche Bestand dieses Verhältnisses belanglos.

Die Handlung des B. kann aber auch eine bloße Gefälligkeit sein wie sie im gesellschaftlichen Verkehr oft vorkommt.

A. hat den Willen zum Besitzerwerb. B. verschafft ihm die Herrschaft über die Sache. Damit erlangt A. den Besitz.

B. braucht keinen rechtlich qualifizierten Willen zu besitzen.

Man kann also durch dritte Personen auch gemäß § 854 Abs. 1 BGB. Besitz erwerben. Der Dritte kann momentaner Inhaber der Sache sein, braucht es aber nicht zu sein.

Nach der vorstehenden Untersuchung kann § 854 Abs. 1 BGB. bei dem Besitzerwerb durch dritte Per-

---

[1]) Vergl. Enneccerus zu § 675 BGB

[2]) Vergl. RGZ. Bd. 99 S. 32

[3]) Vergl. Soergel Bd. 1, zu § 662 BGB, Anmerk. 5

sonen nur mit § 855 konkurrieren. Das Verhältnis des § 854 Abs. 1 zu § 855 ist in diesem Falle das des allgemeinen Gesetzes zum speziellen. Sind also die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 855 gegeben, dann kommt § 854 Abs. 1 BGB. nicht in Betracht, obwohl auch dessen Tatbestand (bezüglich des Besitzerwerbs durch eine dritte Person) erfüllt wäre.

§ 12.

Besitzerwerb durch dritte Personen, Stellvertretung und Vertretung

Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB.) ist die Abgabe oder der Empfang einer Willenserklärung (im technischen Sinne), deren Wirkung einen anderen treffen soll, für diesen anderen (den Vertretenen). 1* Wir haben bei den in dieser Abhandlung dargestellten Arten des Besitzerwerbs durch eine dritte Person in keinem Falle eine solche Stellvertretung feststellen können.

Da aber derjenige, der einem anderen den Besitz erwirbt, „für“ diesen anderen, also in dessen Interesse handelt oder „namens“ des anderen, also an dessen Stelle, haben wir es in allen bisher untersuchten Fällen des Besitzerwerbs durch eine dritte Person mit Vertretung zu tun.

Es ist daher ungenau, von einem Besitzerwerb durch „Stellvertreter“ zu sprechen, wie es die meisten Schriftsteller tun. Als „Stellvertretung“ kann man einen Besitzerwerb durch dritte Personen nur im Falle des § 870 BGB. bezeichnen und dort auch nur dann, wenn ein rechtsgültiger Herausgabeanspruch besteht. Denn nur dann ist die Vertretung eine rechtsgeschäftliche.

In den übrigen Fällen handelt es sich aber nur um Vertretung. Mit Rücksicht darauf ist in der vorliegenden Abhandlung grundsätzlich von einem „Besitzerwerb durch dritte Personen“ gesprochen worden.

---

1) Vergl. Enneccerus, § 166, I.

Mein Lebenslauf.

Ich bin am 27. März 1905 als Sohn des im Jahre 1918 verstorbenen Schlossermeisters Hermann Kudla und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Sulliga, zu Beuthen O.-S. geboren. Ich bin Preuße und katholisch. Zu Ostern 1911 trat ich in die Volksschule ein. Von Ostern 1916 ab besuchte ich das Hindenburg-Gymnasium in Beuthen O.-S., das ich im Februar 1925 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte darauf an den Universitäten München, Erlangen und Breslau die Rechte und Staatswissenschaften. Am 30. und 31. Januar 1929 bestand ich bei dem Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 27. Februar 1929 bin ich im Vorbereitungsdienst und befinde mich zur Zeit bei dem Landgericht in Beuthen O.-S.